



Donación del Dr. ALBERTO M. JUSTO

GERÓNIMO CORTÉS

# VISTAS FISCALES

EXPEDIDAS

EN EL CARÁCTER DE FISCAL

DE LAS

CÁMARAS DE APELACIONES DE LA CAPITAL

TOMO I

BUENOS AIRES

IMPRENTA EUROPEA, MORENO ESQUINA A DEFENSA

1887

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	
Nº. DE ORDEN	51449
UBICACIÓN	J 1464 J



---

Adolfo Grau—Editor

Lima 525



## PREÁMBULO

---

El autor de los trabajos forenses que forman esta extensa compilación, es uno de los hombres de más crédito profesional que la provincia de Córdoba ha producido después del Dr. Velez Sarsfield. Informado como pocos en el derecho antiguo español, versadísimo en el derecho romano, y más versado aun en la lengua de Virgilio y de Ciceron, su personalidad, poco aspirante á la popularidad, después de haber atravesado una larga vida de estudio, ha venido á ocupar en el foro de la Capital de la República, y en su primera Universidad, el puesto que sus talentos jurídicos reclaman, y que la juventud de nuestro país exige para llevar á cabo el aprendizaje delicado de las ciencias jurídicas.

El Dr. Cortés apareció en el foro de Córdoba en el momento en que la vieja escuela del Dr. Gigena desaparecía para dar entrada al derecho francés, adoptado por la organización administrativa y judicial, que la República se vió obligada á aceptar, al hacer renuncia de la legislación española é indiana, que por dos siglos habia preponderado en todo el continente de la América meridional.





El Dr. Cortés, al propio tiempo que posee, como pocos, la enseñanza de los legistas y juristas romanos, del tiempo de Justiniano y de todos los comentadores de su obra colosal, domina con igual fuerza y con el mismo criterio el monumento que la legislación castellana levantó, tanto en América como en España, en el promedio de los siglos XVII y XVIII.

Al inaugurar su clase de derecho civil, el doctor Cortés encomiaba á sus alumnos la necesidad de conocer la lengua latina, para poderse decir verdaderos conocedores del derecho civil y romano base de los estudios jurídicos y forenses que la juventud tendria que llevar á cabo en el curso.

No sabemos si el Dr. Cortés es un hombre versado en la literatura latina, ó al menos tan versado en ella como en las ciencias jurídicas de Roma, pero sí podemos asegurar que en el rastro de sus escritos, en sus trabajos forenses, en las vistas que hoy se compilan y en los discursos del parlamento, la índole literaria del Dr. Cortés no puede emanciparse del contacto mágico que ha recibido al estudiar la lengua de los grandes clásicos que sirven de modelo en las letras y en la historia contemporáneas.

El Dr. Cortés ha hecho cuarenta años de vida constante de labor, y durante esa época ha sido legislador, abogado, juez, y últimamente Fiscal de las Cámaras de Apelacion de la Capital.

Son los trabajos de cada día, que su puesto le obliga á producir, los que hoy se compilan por primera vez y los que vienen á demostrar la asidua labor que el

funcionario público ha puesto en cada una de las materias en que ha sido requerido su dictámen ó consejo profesional.

La compilacion que hoy vé la luz pública puede servir de base para un estudio general y práctico del derecho civil, del derecho comercial, del derecho penal y del derecho administrativo.

Toda la multiplicidad de materias que nuestros tribunales están obligados á conocer en el debate diario de las cuestiones jurídicas, ha pasado por el estudio del Dr. Cortés, estando destinada esa compilacion á servir de base para estudios futuros, y para establecer precedentes de doctrina, que los abogados y los prácticos no pueden ignorar sin un perjuicio grave para el éxito de las cuestiones que defiendan.

Como decíamos, el doctor Cortés se ha vinculado á la escuela antigua, por razon de la tradicion y por la enseñanza benéfica que recibió en el reputado estudio del Dr. Olmos, su primer maestro de práctica forense en Córdoba, vinculándose tambien con la escuela nueva, sobre la cual los comentadores franceses contemporáneos han tenido tanta influencia al estudiar nuestro derecho civil actual y nuestras leyes comerciales.

El Dr. Cortés pertenece á la escuela de los Saráchaga, Fragueiro, de los Olmos y de los Velez. Sin tener probablemente las cualidades literarias ó políticas del Dr. Velez, tiene, sin embargo, toda su ciencia y está dotado de un método más correcto para





plantear las cuestiones jurídicas, usando al mismo tiempo de un lenguaje que en materia legal no deja nada que desear al más exigente. Conocedor profundo de nuestro Código, está al cabo como pocos de todos los defectos, de todos los inconvenientes, de todas las deficiencias que este gran cuerpo de legislación ofrece al estudioso, al abogado, al jurisconsulto ó al juez, y, si mal no recordamos, además de haber concurrido con los Dres. Paz y Rojas á su revision, es uno de los que con más proligidad lo han anotado, llegando á formar las bases de un trabajo de concordanancias importantísimo, que deseamos ver publicado, para bien del foro argentino y del progreso de los estudios jurídicos.

El lector encontrará en esta vasta compilacion las cuestiones más difíciles y abstrusas del Derecho civil y comercial, concienzudamente tratadas.

Puede asegurarse como el mejor elogio para el autor de estos trabajos jurídicos, que muy pocas veces los tribunales que tuvieron que espedirse, despues de haber oido sus dictámenes, lo hicieron sin adoptarlos.

Las mas importantes cuestiones relacionadas con la constitucionalidad de las leyes, con su aplicacion directa é indirecta; las cuestiones que versan sobre la competencia y jurisdiccion de nuestros tribunales; las que se refieren al fuero de los jueces, han sido ventiladas, por el doctor Cortés, como podrá verse en esta compilacion, con una acumulacion de hechos y un caudal de ciencia poco comunes, y que bastan

por sí solos para consagrar una reputacion jurídica sobre bases duraderas.

La influencia que el Dr. Cortés ha ejercido en el foro de Buenos Aires es múltiple.

Versado en el derecho antiguo español, ha podido presentar en muchísimos casos lo que para nuestros jóvenes abogados era una verdadera novedad.

Nuestro derecho ha sufrido de una manera exagerada la influencia de los juristas franceses contemporáneos. Hay muy pocos abogados, y esto lo decimos sin ofensa para nadie, que conozcan las fuentes que han servido de base al estudio de nuestro derecho patrio. Puede decirse que los juristas de la revolucion no tuvieron continuadores de su escuela, y que despues de haber desaparecido el Dr. Velez Sarsfield, y los hombres que como él se habian versado en el derecho civil antiguo y en los prácticos españoles, toda la nueva generacion por razon del cambio de legislacion ha tenido que formar su reputacion jurídica en el caudal inmenso de las bibliotecas con que la Francia ha comentado el código Napoleon.

No es que seamos enemigos de la escuela francesa, antes por el contrario, consideramos que la influencia que el derecho francés recibió en aquel país, despues de la vigencia del código Napoleon, vino á consagrar lo que era indispensable, lo que no existia antes, á pesar de la preponderancia que tuvieron las doctrinas y las compilaciones de Domat y de Pothier; pero nosotros hemos alterado nuestra legislacion civil y nuestra legislacion comercial, sin cambiar





la índole de nuestra nacionalidad y las condiciones especiales de nuestra sociabilidad, de donde resulta que á pesar de que la nueva legislación nos impone la obligación de estudiarla en fuentes distintas de aquellas de que nuestros padres se sirvieron, surgen diaria y constantemente cuestiones de una índole propia de nuestro país, que no es posible estudiar en el cuadro de los comentadores franceses, porque faltaban en ellos los elementos necesarios, que son indispensables para desarrollar el estudio de cada una de esas cuestiones.

Fué así que contemporáneamente con la sancion de nuestra Constitución Federal, que á diferencia de la constitución de los Estados Unidos, adoptaba formas propias de nuestra tradición social, como el sostenimiento del culto, como todas las cuestiones delicadísimas que se vinculan con el patronato y la regalia, nos vimos obligados, muchas veces, á improvisar materias en las cuales no estábamos versados, hasta que la influencia del Dr. Velez Sarsfield, y la influencia misma, en los últimos tiempos, de los estudios hechos sobre estas materias por el Dr. Cortés, nos obligó á adoptar en nuestras bibliotecas el sinnúmero de autores españoles que se habían ocupado de discutir las cuestiones que versaban sobre el derecho político y administrativo de Indias.

No sería hoy posible estudiar las cuestiones de patronato, sin remontarse al estudio que de ellas han hecho Bobadilla, Solorzano, Villarruel y otros autores que comentaron las leyes de Indias.



No podríamos tampoco estudiar las cuestiones que se refieren á tierras públicas sin adoptar las opiniones de aquellos mismos autores, las leyes que promulgaron los monarcas españoles, los comentarios que esas leyes provocaron, en una palabra, toda la base de legislación agraria de la cual no podemos emanciparnos, por que no seria posible adoptar la legislación de cualquier país nuevo, destinado á ser colonizado, como los Estados Unidos, sin incurrir en graves errores que chocarian desde luego con la índole de nuestro país, con la naturaleza de nuestros hombres y con la distribución de nuestro propio territorio.

Adversarios en muchas materias del Dr. Cortés, debemos ser ante todo leales y anotar estas breves palabras, declarando que nos encontramos en ciertos casos en completo desacuerdo con sus opiniones.

El Dr. Cortés es un excelente constitucionalista ; pero algunas veces, como en las cuestiones que se refieren á la ley de educacion, defendiendo lo que él considera la libertad de testar en nombre de la Constitucion, olvida tal vez que en ninguno de los pueblos libres de la América del Norte y de la América Meridional, puede darse una constitucion que no sea limitada porque todas las constituciones de los pueblos libres están sugetas á la necesidad de la limitacion, en virtud de que no existen derechos absolutos, y que no basta que una cláusula esté consagrada de una manera terminante y categórica en el cuerpo constitucional, para que se considere que esa cláusula no ha de sufrir escepcion ó limitacion en la práctica.



El doctor Cortés es patronista, pero solo del punto de vista católico, aunque no pertenezca por completo á la escuela ultramontana, esquivá batirse con ella, y busca acomodamientos á que nosotros no podemos adherir.

Bajo este punto de vista se separa algunas veces de la tradicion política de sus propios antecesores; porque si se recuerda la tradicion doctrinaria del autor de estas vistas en el foro de Córdoba, se encontrará que fué allí precisamente donde la teoria regalista sentó sus reales, predominó y triunfó siempre desde los tiempos en que los Zamalloa y toda su escuela trataron de conmoverla, hasta los días gloriosos en que el Dean Funes y los otros canonistas de la revolucion consagraron para siempre los derechos inalterables del gobierno argentino.

Estos principios han sido proclamados de una manera categórica y espresa, sin que nunca en los tribunales pudieran temerse los conflictos que han venido á ser puestos de moda por algunos que sin ser juristas han hecho sofisma de la materia, y en cuyo número no incluimos desde luego al Dr. Cortés, y por otros, que los exageran como cuestiones de partido político.

Nos atrevemos á creer que en esta parte delicadísima de la materia constitucional, el Dr. Cortés no ha mantenido las doctrinas estrictas de nuestros antecedentes jurídicos con el mismo vigor, con la misma forma y claridad con que acostumbra hacerlo en las diversas materias que estudia.

Extrañamos su oposicion á las leyes económicas so-



bre educacion pública adoptadas por nuestros parlamentos. Esta funcion propia de la legislacion de Estados autónomos, que tienen la facultad de reglar las materias de impuestos, y sobre todo, de propender al desarrollo y progreso de la educacion, es uno de los principios entregados por la Constitucion nacional á la iniciativa comun y concurrente del gobierno general y de los gobiernos de provincia.

Leyendo atentamente algunos de los dictámenes del actual Fiscal de las Cámaras, encontramos algunas veces que su estilo se estralimita, por decir así, de la naturaleza rigurosa que á nuestro juicio deben tener todos los trabajos forenses, y especialmente aquellos que emanan de los magistrados, aunque en justicia debemos reconocer que incurre excepcionalmente en este defecto y solo cuando ha sido herido en lo mas íntimo ó cuando contesta á una provocacion.

A veces es difuso, pero algo de eso sucedia tambien con el estilo del Dr. Velez Sarsfield menos correcto que el Dr. Cortés, aun cuando mas nervioso é incisivo, solia incurrir en los defectos de la difusion con que aquel amigo íntimo de Pothier, M. Letrosne motejaba algunas veces las obras del autor de las Pandectas.

El Dr. Cortés es, indudablemente, no solo fiscal del juicio en que está llamado á dictaminar, sino tambien defensor de la parte que apoya, pero si este es un inconveniente que la crítica puede adoptar para hacerle un cargo de forma al distinguido jurista argentino, es tambien una ventaja que demuestra que el Dr. Cortés tiene la cualidad esencial del abogado: aque-





lla en virtud de la cual el maestro se inspira en su propia causa, y demuestra algunas veces con la sinceridad de la pasión, el interés de la justicia que lo impresiona y la resolución que manifiesta en cada una de las cuestiones en que se vé obligado á dictaminar.

Puede decirse de él lo que decía M. Dupin del estilo de Pothier: «En general parece difuso; pero tratemos de abreviarlo y nunca lo haremos sin comprometer su claridad; algunas veces es negligente y la elegancia queda sacrificada; pero el jurista emplea siempre la palabra propia, y por mas que el crítico quiera reemplazarla, nunca encontrará el sinónimo que la sustituya con ventaja».

M. Letrosne repite sobre Pothier algo que es tambien aplicable al Dr. Cortés: «Algunas veces me hizo el honor de comprometerme á reever sus manuscritos para corregir las negligencias de estilo y algunos párrafos demasiado extensos. Mis notas fueron poco frecuentes y poco importantes, á pesar de la libertad que el maestro me daba, y á pesar, diré aun, del deseo que tenia de agradecerle haciendo un trabajo escrupuloso».

«Cuando queria reducir el estilo, hacerlo mas conciso, una infinidad de cuestiones me asaltaba, experimentaba la necesidad de alterarlo todo, y el peligro de modificar su esposicion clara y precisa me arredaba de tal manera, que renunciaba á la tarea».

No forma parte de esta coleccion uno de los trabajos forenses más importantes que haya producido el Dr. Cortés en su vida de abogado y de jurisconsulto.



Nos referimos á la importantísima cuestion de límites en que tres de las provincias argentinas estaban comprometidas desde un tiempo que se vincula con la misma conquista de esta parte de Sud-América.

En ese trabajo el Dr. Cortés, nombrado representante de la provincia de su nacimiento, hizo lujo de erudicion, se mostró versadísimo en la historia de su país, reveló conocimientos geográficos de primer orden. Abogado sagaz y oportuno, defendiendo de una manera magistral hasta la última pulgada del territorio de Córdoba, puso en verdadero conflicto á los abogados contrarios, y en un estilo luminoso, casi ameno, desarrolló y agotó una de las cuestiones más importantes que se han ventilado en los centros políticos y judiciales del Rio de la Plata.

Es que el Dr. Cortés estaba preparado como pocos para desarrollar la materia que se relacionaba con la cuestion de los límites interprovinciales. Discípulo de la escuela de Funes, é informadísimo, por consiguiente, en la historia de los gobiernos coloniales, conocia perfectamente los cambios, los trastornos, los conflictos que los oscuros gobiernos españoles habian mantenido durante las épocas remotas de su dominacion en las provincias con los gobiernos rivales y circunvecinos.

Conocedor del mapa de la República, tanto en lo que se refiere á la geografía moderna como en lo que se refiere á las antiguas circunscripciones territoriales, que constituyeron el vireynato, sabia, como pocos igualmente, cuáles eran los trastornos y los cambios que esa carta geográfica habia sufrido, y



cuáles las variaciones que las luchas sangrientas y tumultuarias de la revolucion habian impuesto en el período de las autonomias locales armadas en guerra, unas veces en favor de la capital, otras veces en contra, luchando entre ellas incesantemente y sirviendo sin embargo á los intereses generales de la revolucion y de la causa de la emancipacion argentina. Conocedor de todas las reyertas políticas que durante cuarenta años han agitado á nuestro país, sabia perfectamente bien que la vieja cuestion en virtud de la cual su provincia venia á quedar reducida á un territorio mediterráneo, debia provocarse haciendo por conseguir que la frontera de Córdoba se aproximára en lo posible á las márgenes de nuestros grandes rios.

El resultado final de este pleito, que podemos llamar histórico, no fué en todo favorable á los intereses y á los deseos que inspiraban al Dr. Cortés; pero sus estudios han quedado ahí para ser consultados por todos aquellos que se interesen en conocer la manera cómo se organizaron las tres más importantes provincias de la República y en que resolvieron las cuestiones añejas que ventilaban, por razon de territorio y de vecindad.

Cuando el Dr. Cortés fué nombrado Catedrático de derecho civil de la Universidad de Buenos Aires, comprendimos desde luego que su influencia en la enseñanza iba á tener por base el estudio del derecho romano y el de la legislacion española.

Para nuestra enseñanza universitaria y secundaria



era indispensable volver á la antigua preponderancia del clasicismo, abandonado por un mal entendido espíritu de novedad en una parte de las Naciones Sud-Americanas y especialmente en Chile y entre nosotros.

El derecho escrito es un monumento que atravesando por todas las edades que arrancan de la antigüedad, que atravesando la noche de la edad media y preponderando en los tiempos contemporáneos, ha podido alterar sus detalles, sus formas; pero su base, es decir, el principio fundamental y primordial sobre el cual reposa, ha permanecido intacto, incólume, y no es posible estudiar los orígenes y las tendencias de sus distintas doctrinas y de sus diversas disposiciones, sin acudir á la fuente, sin escudriñar los secretos que conserva la jurisprudencia romana. En una palabra, sin el *Digestum* y sin servirnos de sus decisiones, cualesquiera que sean las variaciones que la filosofía jurídica contemporánea haya impuesto al estudio del derecho, su fisonomía arquitectónica no ha podido cambiarse, notándose en ella la tradicion clásica. Por lo tanto, no es posible considerar aisladamente ese gran monumento de la jurisprudencia histórica, enseñando que se pueda estudiar sin tomar por base la tradicion jurídica de que depende y la lengua en que fué enseñado.

Hemos dicho que el derecho es un monumento, porque con él pasa lo que acontece con las grandes obras de arquitectura.

El órden griego no se concibe sin la columna dórica



ó sin el chapitel corintio. El renacimiento ha podido adulterarlo, pero el sustentáculo que sirve de base á la coronacion del edificio es el mismo, cualquiera que sea la corrupcion del gusto que la escuela moderna haya introducido.

Del mismo modo el derecho antiguo y la literatura clásica, no obstante las nuevas escuelas que se funden, los divorcios que ellas quieran establecer con todo aquello que se relaciona con el pasado, tienen que preponderar si se estudian en la tradicion, que es la historia misma de la doctrina y del estilo, ya se trate de un legislador, de un poeta ó de uno de los grandes prosadores.

Bajo el punto de vista literario habíamos abandonado por completo el estudio de las lenguas muertas. Estudiábamos á Macaulay; y al prescindir del latin, olvidábamos que Macaulay en su obra monumental sobre la historia de Inglaterra, se habia inspirado en la frase concisa y elegante de Salustio. Estudiábamos á Pothier y mas tarde á los grandes comentadores del Código Napoleon, olvidando que aquel, como estos, no eran sino gajos desprendidos del tronco añoso, corpulento y siempre verde del derecho romano. A tal punto que puede asegurarse que no hay una sola disposicion del derecho moderno, que no tenga su tradicion, su genealogía, diremos así, en el derecho antiguo.

El Dr. Cortés se ha inspirado en una y en otra tradicion, convencido plenamente de que el derecho civil moderno no puede conocerse ni estudiarse á



fondo sin la cooperacion del estudio del derecho romano. Y nosotros, extendiendo su pensamiento, diríamos que el verdadero modelo del jurista y del escritor forense de nuestros días, seria aquel que se inspirára, no solamente en la doctrina de la ciencia antigua, sino en el lenguaje con que los viejos maestros expusieron sus conclusiones científicas.

Sentimos sinceramente ver cómo se ha abandonado en nuestra enseñanza secundaria todo lo que se refiere al estudio de las lenguas muertas; y cuando tenemos la oportunidad de escuchar la palabra de algun jurisconsulto entendido en las materias de su ramo y competente en todo lo que se relaciona con el estudio del derecho romano, concebimos la esperanza de que algun día pueda llevarse á cabo una benéfica reaccion contra el espíritu moderno que, á nuestro juicio, en vez de señalar un progreso proclamando el abandono de los estudios clásicos, nos ha hecho retroceder en materias jurídicas y literarias, privándonos de la fuente siempre pura de la erudicion.

A este respecto, los hombres de la revolucion argentina tenian sobre los que representaron las generaciones posteriores, una superioridad incontestable.

Los Dres. Saráchaga, Castro, Somellera, Funes, Gigena y Olmos, unos en Córdoba y otros en Buenos Aires, eran profundos latinistas. Leian el latin y lo escribian como si fuera la lengua de origen.

Bien sabemos que la escuela colonial habia enfermado la pureza de la lengua de Ciceron; bien



sabemos que el verso y la prosa latinas que salían del claustro universitario carecían de la nitidez, de la estética y de la corrección que distinguían las obras de los maestros; pero este defecto no emanaba de la condición mediocre de los hombres del pasado, sino de las influencias nocivas que el mal gusto había ejercido sobre los espíritus jurídicos y literarios durante el período oscuro que atravesó la España, bajo los reinados de los monarcas de la casa de Habsburgo.

Así, por ejemplo, en las letras, los eminentes ingenios de la corte de España, como Calderón, como el mismo Lope y como otros de menos importancia, emancipándose ó pretendiendo emanciparse de la influencia clásica, habían creado un estilo propio, en el cual predominaba el talento, la gracia y la elasticidad con que el pensamiento adoptaba formas; pero ni los poetas ni los prosadores españoles de aquel tiempo pudieron emanciparse de la influencia del mal gusto; y los frailes de los conventos al escribir sus pacientes Códices, sus memorias y sus crónicas en torpe lengua latina, maltrataban su índole, hasta el extremo de sacrificar toda su elegancia y concisión. Los grandes escritores de la Corte, al escribir el español, incurrian igualmente en todos los inconvenientes con que ha pasado á nuestra época la escuela literaria afectada de culteranismo.

Entretanto, vemos cuánta diferencia hay entre los literatos y los poetas españoles de aquellos tiempos, comparándolos con los juristas y comentadores del



derecho castellano, que glosaron las Leyes de Partida y las Recopiladas. Puede decirse que, salvo raras excepciones, todos ellos merecen el nombre de grandes escritores. Y para no insistir al respecto, tomaremos á dos de ellos, á los que se relacionan más con la tradicion jurídica de nuestro país: «La política», de Bobadilla, y «La política indiana», de Solorzano.

Bobadilla es un gramático de primer orden, de una concision acerada; nunca emplea en una defensa, en un juicio, en la exposicion de una materia sino las palabras que son esencialmente necesarias para expresar claramente la idea.

Solorzano, más dialéctico, más audaz, y sobre todo, más polemista, tiene verdaderas bellezas de estilo; á tal punto, que parece increíble que materias tan árduas, tan áridas como son las que ha tocado su pluma, al estudiar las diferentes cuestiones institucionales de la colonia, puedan haber alcanzado á ser trozos de lenguaje que el más delicado y exigente de los retóricos no tendria inconveniente en recomendar como modelo á sus alumnos.

El Dr. Cortés conoce perfectamente bien á estos dos autores; los ha manejado diaria y constantemente durante su larga vida de abogado. Más aun: podemos decir que ha nacido á la profesion que ejerce viéndolos manejar por todos los que formaban el foro de Córdoba, y especialmente al Dr. Olmos.

Muchas veces el Dr. Cortés se inspira en las formas de estos tratadistas, y algunos de sus dictámenes

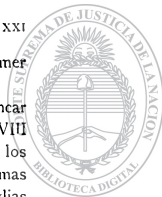




pueden rivalizar en belleza con las mejores opiniones del último de estos maestros, sobre todo cuando el autor de «La Política Indiana», después de haber examinado la razón de los distintos juristas, legisladores y oidores, respecto de la materia de que trata, dá la suya propia con aquel criterio claro, enérgico y brillante, que constituye el patrimonio de su inteligencia y de su estilo.

El clasicismo jurídico español tuvo grande influencia en el estilo de los publicistas de la revolución; los escritos de Moreno, de Gómez, de Agrelo y de otros de los primeros hombres públicos del país, revelaban la ciencia del bien decir de los monumentos del derecho español. Si la erudición del jurisconsulto, exige el dominio de la lengua latina, para de ese modo, estudiar en la fuente, la vasta región del derecho antiguo, el hombre del foro moderno, necesita conocer la lengua clara, concisa y fácil de los tratadistas españoles del pasado siglo, que son maestros cumplidos en cuanto al método, á la forma de los debates torenses.

Hubo para la España una época de regeneración que desgraciadamente no alcanzó á complementar sus vastos ideales. Nos referimos á la que transcurrió en los últimos cuatro lustros del pasado siglo, y en los primeros del presente. En América, las memorias de Ulloa y Jorje Juan, fueron la base de profundas reformas. En España, la administración, el foro, las letras y las ciencias recibieron el soberano impulso de grandes hombres de estado, de distinguidos hom-



bres de letras y de espíritus científicos de primer orden.

Es allí de donde querríamos nosotros hacer arrancar nuestra tradicion castellana, porque todo el siglo XVIII reflejó en nuestras olvidadas comarcas americanas, los primeros síntomas de la reforma orgánica, reforma mas generosa, que la que emprendió la Francia en los dias de su revolucion, reforma en fin que todos los patriotas argentinos de Mayo, defendieron y adoptaron en el seno de los gabinetes y de los primeros parlamentos nacionales.

El autor de estas breves palabras, aun cuando adversario del Dr. Cortés, en las grandes y capitales cuestiones sociales que dividen á los hombres en los debates sobre el libre pensamiento y el ultramontanismo, se hace un honor en considerarse su discípulo y admirador en las que se relacionan con la tradicion clásica de la jurisprudencia. Considera que el derecho en sus múltiples decisiones, como todas las ciencias, está y debe estar sujeto á la ley del progreso humano y á la influencia de la filosofía contemporánea, pero cree que así como no se pueden conocer los orígenes de la humanidad sin estudiar la antigüedad, así el jurisconsulto moderno, no consumará la árdua labor que le está encomendada, sin estudiar y dominar completamente la lengua y las ideas de los inmortales fundadores de la jurisprudencia romana.

Con estas ideas del Dr. Cortés, en su doble carácter de maestro y de magistrado, formará una escuela

jurídica seria, de la que saldrán alumnos capaces de perpetuar su obra.

Sus vistas, vasto repertorio de enseñanza teórica y práctica, llevan la autoridad de su ciencia y de su integridad. Serán en el futuro un libro tan respetable como los que forman las compilaciones de los tratadistas americanos, llamado á servir de guía en el estudio y en la aplicación de las doctrinas jurídicas.

LUCIO V. LOPEZ



# ÍNDICE DEL TOMO I

## PARTE PRIMERA

### CÁMARA DE LO CIVIL

#### SECCION PRIMERA

##### Cuestiones de fondo



Página

I—**FILIACION NATURAL**—*Sumario*:—Las obligaciones de los padres respecto á sus hijos, son de Derecho natural ; y al sancionarlas la ley civil, no hace otra cosa que reconocerlas—El Código Civil sumamente liberal con los hijos naturales no podia dejar, ni ha dejado sus derechos dependientes de la voluntad del padre—Caso de desconocerlos éste, cualquiera que haya sido su conducta anterior para con ellos, les acuerda accion para investigar la paternidad, admitiendo, acerca de ésta toda clase de prueba—En Francia se halla prohibida la investigacion de la paternidad natural, y esta solo se prueba por el reconocimiento del padre en documento auténtico ; pugnando algunos juriconsultos porque se admita tambien, el que resulta de la posesion de estado—El sistema de nuestro Código es enteramente contrario, pues no solo permite dicha indagacion, sino que deja libre la prueba—No exige indispensablemente la posesion estado, lo cual dejaria siempre dependiendo de los mismos padres al cumplimiento de sus obligaciones, desde que solo ellos pueden concederla—Argumentos que se aducen como fundamentos del sistema prohibitivo adoptado en el Código Napoleon—La dificultad de la prueba de la paternidad no demuestra que aquella deba restringirse, antes persuade la necesidad de ampliarse—El que la posesion de estado sea la mejor prueba de filiacion, tampoco demuestra que deban excluirse las demás ; pues de lo contrario deberia desecharse tambien el reconocimiento por escritura — La



presuncion de paternidad establecida en el matrimonio, era extensiva, segun la ley de Toro, el concubinato en ciertas condiciones—Aunque en otros casos esta ley exijia el reconocimiento del padre, no prohibia sin embargo, la indagacion de la paternidad permitida por el Derecho de Partidas—La paternidad se consideraba comprobada por la coincidencia de la época de la concepcion con la de las relaciones sostenidas con la madre, no resultando sospechas de infidelidad—La resolucion apelada, reduciendo la prueba de la filiacion natural á la posesion de estado, choca con los términos expresos de la ley, que la admite por todos los medios—Las disposiciones que se aducen en dicha resolucion, en apoyo de la indicada doctrina son inconducentes—Exámen detallado de estas disposiciones y su explicacion; satisfaciéndose al mismo tiempo los argumentos contrarios—Opinion del Dr. Segovia sobre la prueba de la filiacion natural admisible segun el Código—Jurisprudencia que se hallaba establecida en los Tribunales de la Provincia—Doctrina que prevaleció en el Congreso: con la cual se demuestra que al ménos en la vida del padre, debe admitirse todo género de prueba—Habiendo ofrecido la demandante justificar la filiacion por la posesion de estado, esta promesa segun el Juez *á quo*, mediante la contestacion á la demanda, constituia en el caso *sub-judice*, un cuasi-contrato—Refutacion de esta teoria: así como no pueden adquirirse derechos contra el órden público, tampoco pueden renunciarse los que con él se relacionan—La indicada promesa no valdria ni como reconocimiento, pues este no puede crear una nueva obligacion; ni como confesion la cual versando sobre un punto de Derecho resultaria errónea—Al apreciar los hechos el Juez *á quo*, no ha tenido en vista que la contestacion á la demanda fué evasiva—Tampoco ha reparado que habiendo negado con juramento el demandado, el hecho afirmado en una pregunta de las posiciones, debia tenersele por confeso en el contenido de todas ellas—Prueba testimonial de la demandante y exámen de las tachas opuestas á los testigos en sus personas y en sus dichos—El Juez prescinde enteramente de los testigos tachados, cuando no siendo de todo punto inhábiles, sus dichos por lo ménos valen como presunciones—Considera la prueba solo en sus detalles, siendo que toda su fuerza consiste precisamente en el conjunto—La prueba de la *coartada* intentada por el demandado resulta deficiente é incompleta—Contradiccion en que incurre al apreciarla, la sentencia apelada.....

3

II.—FILIACION NATURAL.—*Sumario*:—En los juicios debe atenderse sobre todo á la verdad y á la justicia, pues que las formas no han sido introducidas, sino para servir las, asegurando su trinnfo—Exámen de los hechos concernientes á la prueba directa de la filiacion, la cual constata concluyentemente las relaciones que mediaron entre D. Federico Leloir y la señora Noguera por la época de la

concepcion de la niña Maria Laura, siendo ambos viudos, y observando aquella por lo demás una conducta juiciosa—Exámen de la prueba relativa al reconocimiento tácito que Leloir hacia de su paternidad, tratando constantemente y desde que nació, á la expresada niña como hija suya—Hubo tambien reconocimiento expreso, pues existen diez testigos, delante de los cuales Leloir reconoció positivamente su paternidad—Esos testigos han sido tachados indebidamente—Exámen de las tachas que se les han opuesto—Estas deben considerarse con respecto á la dueña del pleito y no á su representante—No resulta comprobada, ni confesada como se supone, la de amistad íntima, ni son suficientes los hechos de que se pretende deducirla—No existen realmente las contradicciones que se atribuyen á los testigos—Las calidades de que surgen las tachas deben considerarse con relacion al tiempo en que los testigos son presentados—Siendo todos los testigos del demandado de la íntima relacion de su familia, sostiene que no son tachables; y se contra dice al tachar por la misma causa á los de la demandante—Los testigos deben dar razon de lo que declaran; pero no tienen obligacion de acreditar su verdad—Dichos testigos no fueron tachados en tiempo y forma, y de consiguiente las tachas á sus personas serian inadmisibles—Derecho anterior al Código Civil vigente sobre filiacion natural—El Derecho Romano, como las Partidas, permitia la indagacion de la paternidad, considerándola comprobada desde que, tratándose de una mujer honesta, la época de la concepcion del hijo, coincidiese con la de las relaciones de la madre con el hombre á quien aquella se atribuia—El Fuero Real y las leyes de Toro exigieron en ciertos casos el reconocimiento: pero sin prohibir la indagacion en caso de negativa—La Legislacion Francesa, reaccionando contra las tendencias revolucionarias, prohibió absolutamente la indagacion de la paternidad—Algunas Naciones han seguido esta legislacion, pero muchas de las principales la rechazan—Fundamentos de uno y otro sistema: el uno sigue los dictados de la razon y consulta la equidad natural—El otro alega por pretextos para prohibir la indagacion de la paternidad, la imposibilidad de acreditarse y los escándalos que resultan—Falsedad, inconsecuencia y contradicciones de este sistema—Exposicion del art. 2º, tít. 1º de los hijos naturales—La accion para indagar la paternidad se concede á todos, y por tanto aun á los que no hubiesen sido reconocidos, ni tuviesen posesion de estado—El Código desecha la máxima de que la madre es cierta pero el padre no—La prueba requerida de la paternidad y la maternidad es la misma; mientras que en la filiacion natural, jamás se exigió respecto de la madre, posesion de estado—El Código, no deja, como la Legislacion Francesa, al arbitrio de los padres conceder ó negar á los hijos los derechos inherentes á su calidad de tales—Siendo esto así, no debe exigirse la posesion de estado, que solo los padres pueden conceder—Sin embargo, la Jurispru-



dencia establecida en esta Capital, aunque fué vária, exigía últimamente como prueba de la filiacion natural la posesion de estado, en especial esto se verificaba, cuando la accion era deducida despues del fallecimiento del padre; y esa doctrina fué consagrada por el Congreso—Dicha Jurisprudencia tomada en general era equivocada—Exposicion del punto por el Dr. Segovia—La resolucion del Congreso, aunque acertada, importaba correccion y no debe aplicarse conefecto retroactivo—Doctrina del Fiscal en el Senado—Reconoció positivamente que el Código Civil retrogradaba al Derecho de Partidas y al Romano, que no exigian la posesion de estado—Al manifestar que el proyecto en discusion no alteraba la Jurisprudencia del Código, se referia al sistema establecido en él, que permite la indagacion de la paternidad—La Comision que dictaminó en ese proyecto, reconocia contener modificaciones de detalle, al titularlo **DE CORRECCIONES Y FE DE ERRATAS**—En la discusion el Fiscal incurrió en ciertas inexactitudes, que en justicia se cree obligado á rectificar—Cuando se habla en general de la posesion de estado, es con referencia á la de los hijos legítimos—Esta se describe requiriéndose tales circunstancias, que en la práctica, nunca concurren todas; pero solo se exigen las que bastan á formar la conciencia del Juez—La posesion de estado de un hijo natural es de muy diverso carácter que la de los hijos legítimos—En aquella no es indispensable la presentacion solemne á la familia, que no toleran nuestras costumbres—La publicidad misma no debe considerarse esencial, desde que existan hechos notorios é inconcusos, que acrediten el reconocimiento tácito.....

36

**II—FILIACION NATURAL Y LEGITIMACION**—**Sumario**:—Antecedentes del asunto—Hechos que revelan el concubinato en que vivieron los padres de la reclamante, siendo ambos solteros—Habitando muchos años en la misma casa, tales relaciones fueron bien conocidas en ambas familias—Trascendieron tambien á los amigos y vecinos; y llegando por último á los Tribunales, se hicieron públicas y notorias—Puede decirse que constan oficialmente, pues se comprueban tambien por informe del Cura, que en desempeño de sus funciones, amonestó á los concubinarios, para que hiciesen cesar el escándalo—Estaba en el órden natural que estas relaciones diesen su fruto: y en efecto lo tuvieron en la niña Valentina Carolina, que provino de ellas—Error en la interpretacion de los datos estadísticos con que se pretende demostrar que la mayor parte de los matrimonios son estériles—El reconocimiento de la madre, aceptado por la niña, comprueba de por sí ser hija suya, mientras no se demuestre lo contrario—Además el nacimiento de la expresada niña se acredita por muchos testigos, entre ellos, tres, que pueden llamarse presentes—La prueba producida por la demandada en parte es negativa, y en lo demás admite una explicacion muy natural y muy verosímil que la desvirtúa enteramente—El concubinato, siendo una sola la



mujer y viviendo en la casa, á semejanza del matrimonio, produce la presuncion de paternidad—Posesion de estado de que ha gozado la reclamante en casa de sus padres—Prueba producida al respecto, y los diversos actos que la acreditan—El matrimonio *in extremis* tiene su explicacion en los antecedentes que se han mencionado—Se plantea la cuestion de Derecho sobre la inteligencia del artículo 317 del Código Civil—¿Si la declaracion judicial de la filiacion natural, solicitada dentro de los dos meses subsiguientes al matrimonio de los padres, celebrado sin haber reconocido al hijo, produzca su legitimacion?—Antecedentes legislativos que deben tenerse presentes—La legitimacion por el casamiento de los padres, respecto á los hijos habidos antes, ha sido introducida en favor del matrimonio y por consideraciones de órden público, verificándose de pleno derecho (*ipso jure*)—La necesidad del reconocimiento de los hijos naturales para legitimarlos por el matrimonio, en el Derecho Francés, viene de que prohibiéndose la indagacion de la paternidad, no hay otro medio de comprobarla que aquél; lo que no sucede en el nuestro—En los casos en que escepcionalmente se permite dicha indagacion, el reconocimiento forzado anterior al matrimonio, se equipara al voluntario para todos los efectos legales; y produce tambien la legitimacion—Como nuestro Código concede dos meses para el reconocimiento voluntario, la declaracion judicial solicitada dentro de este término, debe equipararse así mismo con aquél, y producir idénticos efectos—No siendo libres los padres para reconocer ó dejar de reconocer á los hijos naturales, como lo son por la Legislacion Francesa, la limitacion del plazo señalado para el reconocimiento que deben hacer á los efectos de la legitimacion se refiere solamente al derecho de aquellos, y no al de los hijos que pueden hacer valer los suyos en cualquier tiempo... .. 76

IV—LEGITIMACION DE HIJOS ESPÚREOS—*Sumario*.—Exposicion del caso, resumen de la discusion y resolucion en primera Instancia—Dificultades del asunto y causas de que se originan—La legitimacion por rescripto segun el nuevo Código—Si subsisten en la actualidad, y cómo deben considerarse las concedidas antes de su publicacion—Si los legitimados por rescripto antes de la vigencia del Código, conservan el derecho sucesorio, y en qué órden deben ser llamados—Inteligencia de la cláusula contenida en el rescripto de que se trata, «sin perjuicio de la sucesion legítima»—Si debe reconocerse en el Gobernador de Buenos Aires, facultad para legitimar por rescripto, en la época á que se refiere el que motiva la cuestion—Antecedentes legislativos sobre esta clase de legitimacion en el Derecho Romano—Condiciones que exigía y requisitos que establecia para la legitimacion por rescripto—Disposiciones del Derecho Español en la materia—Alteraciones irregulares que estas reciben en la práctica, por las opiniones estraviadas de los autores—Sin embargo de la latitud de estas opiniones,







la legitimacion de los hijos naturales se distinguió siempre de la de los espúros.—La primera se tenia por lícita y regular, mientras la segunda se consideraba extraordinaria—Esto consistia en que la última se encontraba prohibida por las leyes, y no podia acordarse sin suspenderlas en casos dados—Las reales cédulas de 10 de Febrero de 1795 y 21 de Diciembre de 1800 se refieren simplemente á lo que se practicaba aunque de un modo abusivo; y conservaron á la legitimacion de los espúros su caracter de «extraordinaria»—Dichas reales cédulas fueron las últimas disposiciones españolas que rigieron entre nosotros, pues las que se dieron posteriormente no tuvieron ya fuerza de ley—Antecedentes patrios que conviene tener presentes, al resolver la cuestion indicada—El Gobierno de la República sucedió en los derechos del Monarca y la Legislacion Española se conservó vigente, aun despues de la Revolucion, en cuanto no se opusiera al nuevo sistema—Consecuencias contenidas en esta restriccion aplicables á la facultad que examinamos y diferencias á su respecto entre los principios del nuevo sistema y del anterior—Si en la República habia autoridad que pudiera considerarse facultada para legitimar por rescripto—En caso afirmativo ¿á cuál de los Poderes, Legislativo ó Ejecutivo, habria correspondido el uso de esa facultad?—Principios que deben tenerse presentes para resolver este punto y opiniones de nuestros Jurisconsultos—La facultad de legitimar, atendida solamente la antigua Legislacion Española, pudo considerarse análoga á la de indultar—Así como el Ejecutivo no habria podido conceder indulto en los casos exceptuados, tampoco podia acordar legitimaciones extraordinarias—¿A cuál de los Gobiernos, Nacional ó Provincial, habria correspondido la indicada facultad en el sistema Republicano?—Al respecto deben distinguirse tres épocas; la del régimen Unitario, la del sistema federal en que se adoptó la Constitucion; y en fin, la de la publicacion de los Códigos Nacionales—Las Provincias no pudieron legislar sobre materias civiles, ni en la primera ni en la tercera de las expresadas épocas; pero sí en la segunda—No es un antecedente contra el uso de esa facultad en las Provincias, antes de la publicacion del Código, el que en la Confederacion fuese el Congreso el que legitimó á los hijos del general Urquiza—En este caso procedió como Legislatura del territorio federalizado para capital—Con ésto declaró sin embargo de un modo implícito, que la legitimacion por rescripto no era contraria á los principios de la Constitucion Nacional, ni habia quedado suprimida «*ipso jure*,» por la publicacion de ésta—Otro tanto debe decirse con relacion á la materia que estudiamos, de la Constitucion Provincial de Buenos Aires de 1854, la cual conservaba en vigencia la Legislacion Española—Si las facultades del Gobernador en 1866, para legitimar por rescripto, se hubieran de deducir de la práctica ó del uso, seria necesario limitarlas á la legitimacion ordinaria de los hijos naturales—El Ejecutivo, en efecto

nunca habia entendido legitimar otra clase de hijos—Sentido de la máxima de que el error comun hace ley: se refiere á la ignorancia de hecho, y no á la de Derecho—De los vicios de obrepcion y subrepcion en los rescriptos, los cuales llevaban la cláusula tácita «si preces veritate nitantur»—Que importan aquellos vicios, efectos que producian segun Derecho—Circunstancias que debian espresarse en la solicitud de legitimacion—No solo era indispensable manifestar si los hijos eran naturales ó espúreos, sino que en este último caso debia tambien expresarse su clase—En el caso «sub-judice», el recurrente solo manifestó al Gobierno que los hijos eran ilegítimos; lo cual no era suficiente, siendo estos adulterinos—Exámen de los términos de la solicitud, para demostrar que hubo ocultacion é ine-actitud—Respuesta á las observaciones en contrario—Todo el procedimiento está revelando la ocultacion intencional—No es exacto que los principales Jurisconsultos en nuestro país hayan opinado en favor de la legitimacion de los hijos espúreos por rescripto—La práctica habia limitado dicha legitimacion á los hijos naturales solamente—Aunque no siempre se hubiese exigido acreditar esta calidad, ninguno ha sido legitimado en el concepto de espúreo—La sentencia apelada es un documento notable; pero incide, á pesar de esto, en dos errores sustanciales—Competencia de los Tribunales para resolver sobre la validez de la legitimacion en el caso de que se trata—Conclusion..... 104

V—DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD.—*Sumario:*—Desconocimiento de la paternidad por causa de adulterio y ocultacion del parto, con arreglo al art. 13, tít. 2º, sec. II, lib. 1º del Código Civil—Prueba requerida en tal caso—Diferencia entre éste y el caso previsto en el art. 7º—Contra quien debe dirigirse el juicio de ilegitimidad?—Si la madre es parte esencial en él.—Valor de sus declaraciones—Toda cuestion de estado se considera de orden público—A quien corresponde la representacion legal del niño—Si el juicio pronunciado á favor de éste, puede anularse por defecto de aquella. 146

VI—REDENCION DE CAPELLANIAS.—*Sumario:*—La Capellania de que se trata comprende el valor íntegro de la casa en que está situada; y no consiste en un capital determinado—De consiguiente para redimir-la, no basta depositar un valor cuya renta alcance á cubrir las cargas, sino que deberia depositarse íntegro el precio de la finca—Así lo prescriben los principios de Derecho, y el punto ha sido tambien resuelto ya anteriormente—No siendo dado á nadie cambiar de por sí la calidad de su posesion; y habiendo adquirido la reclamante como patrona y usufructuaria la de la finca e capellania, mal puede ahora pretenderse dueña—Siendo estas instituciones perpetuas por su naturaleza, tal debe suponerse tambien á no expresarse otra cosa, la Capellania en cuestion—No dejaria de serlo, porque llegase á faltar sucesor en el órden de sucesion establecido



por la fundadora; pues entonces vendría el orden regular ó comun—No es exacto que la institucion dejára de menoscabarse aunque se le disminuyera el capital, desde que su renta alcanzase todavia á cubrir las cargas de la Capellania—Aquello no podria verificarse legalmente, por mas que de su parte lo consintiese el sucesor inmediato—Aunque el Código hubiese prohibido la fundacion de Capellanías, no habria con esto solo, suprimido las existentes, á no determinarlo así espresamente—El Código no ha legislado en la materia; y ésta por tanto queda sujeta á la reglamentacion de cada Provincia—En la de Buenos Aires solo estaba prohibida la fundacion de Capellanías sobre bienes raices—Podian establecerse con todo, entregándose el capital al Banco, y constituyéndose así una renta perpétua—Las disposiciones del Código Civil, sin suprimir la institucion sobre la cual no ha legislado, solo pueden influir en el modo y forma de la fundacion de Capellanías—El Código suprime los censos y rentas perpétuas sobre bienes raices; pero no las que se constituyan de otra manera—Opinion del Dr. Moreno sobre que en esto debe estarse á la legislacion especial de cada Provincia—Cuando el Patronato se atribuya al Metropolitano, no existirá aparicion alguna de sustitucion..... 156

VII—LEGADO DE BENEFICENCIA—*Sumario*:—Exposicion del caso; términos en que fué hecho el legado y causales de nulidad que se oponian—El Juez *á quo* desechando las demás, acepta solamente, la de que aquel importaba un fideicomiso ó vinculacion prohibida—Conducta censurable de los Funcionarios que han intervenido en el asunto, como representantes de los intereses públicos—El legado no fué hecho á las Hermandades de Caridad; pero aunque así fuese y éstas no tengan carácter de persona jurídica, no por eso seria nulo, si bien se entenderia verificado á favor de cada una de ellas—Establecida la libertad de asociacion, solo las sociedades ilícitas ó reprobadas se deben considerar incapaces de recibir por testamento—El legado de que se trata, es en favor de los niños pobres y huérfanos de esta Capital—No por eso se ha considerar vicioso y nulo, como otorgado en favor de persona incierta; pues esta regla no rije, ni ha rejido nunca en los legados piosos—En apoyo de esta doctrina se mencionan varios ejemplos notables basados en hechos históricos bien conocidos—Nuestro Código procede bajo los mismos principios antiguamente establecidos; y en él se dispensa tambien á favor de los legados de beneficencia, en la regla de que la cosa ó cantidad deben ser determinadas—No está probada la imposibilidad que se alega, para la fundacion del Colegio que se ordena establecer—Se demuestra por el contrario, su manifesta posibilidad, que reconoce tambien el Juez *á quo*—En los legados, la cláusula de no enagenar; no mediando perjuicio de tercero, se ha de tener por no puesta—No es exacto que en el caso presente, de tenerse por no puesta la



indicada cláusula, resultasen perjudicados los derechos del heredero—Cuando así fuese, esto no impediría legalmente, que dicha restricción se tuviese por no escrita; pues el heredero identificándose con la persona del testador, no es un tercero—Tampoco el sustituto, en cuyo favor se grava al instituido ó legatario es un tercero en el sentido del Código—Los derechos que este trata de salvar, al hacer valer una disposición testamentaria con la condición de no enagenar, no son los que nacen de ella misma—En el caso de que se trata, la prohibición de enagenar no está tan íntimamente ligada con la de que no pueda darse á la casa diverso destino del que se le designa, que no se conciban separadas—Anulada la primera, la disposición no se quebrantaría por que la casa se vendiese, mientras de hecho no se cambiase su destino; y hasta entonces el heredero no tendría reclamo alguno—Las indicaciones sobre el destino que deba darse á la cosa legada se tienen por cargos y no por condición—Los resultados son muy diversos; por que llegando á hacerse imposible la condición para adquirir, el legado caducaría; mientras que haciéndose imposible el cargo, sería este el que caducase, subsistiendo aquel—Los cargos impuestos en la enagenación de una finca pueden ser perpétuos, pues que no existe disposición que lo prohiba—El impuesto al legado sobre el destino de la casa, suponiendo la conservación de ésta, la cual no habría de durar siempre, solo sería perpétuo en apariencia, por que realmente desaparecería con aquella—La sentencia que se examina distingue equivocadamente, la vinculación y el fideicomiso, cuando en realidad estas cosas vienen á ser idénticas—La estagnación de la propiedad, ni la perpetuidad en el destino de una finca, sin la prohibición de enagenarse, no puede hacerla considerar amortizada—La definición que se dá en dicha sentencia de lo que importa una vinculación, suponiendo indispensablemente un orden de sucesión diverso del común, no cuadra á la institución de que se trata, en la cual no hay sucesión—Debiendo ser establecida ésta en las vinculaciones, en favor de una familia ó de alguna de sus ramas, nunca sería aplicable á la descendencia de todo el pueblo—El Juez *á quo* supone que en la disposición que nos ocupa, ha habido también un fideicomiso prohibido, capaz de invalidarla—Esto no es exacto; porque aun cuando en ella se hagan reservas en favor del heredero, según las cuales es posible que éste recuperase la casa, no sería con todo, por devolución de los legatarios, sino en virtud de cláusulas resolutorias—Opinion de varios autores, cuya doctrina aplicada al caso demuestra que en él no existe fideicomiso prohibido—Cuando realmente en la disposición de que se trata, hubiese tal fideicomiso, no por eso se anularía el legado, sino solamente la sustitución—Por último, tomada en su sentido literal y propio, la disposición testamentaria en cuestión, no contiene prohibición absoluta de enagenar—Cuando un acto cualquiera siendo susceptible de diversos sentidos, en alguno de ellos se anularía, debe interpretarse de manera que subsista.....





III—IMPUESTO DE HERENCIAS TRANSVERSALES.—*Sumario*.:—La cuestion ha sido ya resuelta con fundamentos incontrastables por la Suprema Corte.—La Constitucion consagra como inviolable la propiedad y su complemento el derecho de testar, cuya reglamentacion corresponde al Código Civil.—El sistema de nuestra Constitucion es mixto; y separándose en esto del Federal, reservó á la Nacion la sancion de los códigos generales; inhibiendo á las provincias de poder alterarlos una vez sancionados, como lo ha sido ya el Civil.—Con estas disposiciones se procuraba la unidad de la legislacion en los pueblos argentinos, que solo se obtendria por la primera, y solo se conservarían por la segunda.—El haberse dejado á las provincias la aplicacion de los Códigos en los casos ordinarios, no les quita el carácter de nacionales, ni la supremacia que éste les dá, respecto á cualquier disposicion provincial.—Alcance de esta supremacia: las leyes de la Nacion, entre ellas los Códigos, prevalecen no solo sobre las disposiciones reglamentarias ó administrativas de las provincias, sino tambien sobre las orgánicas y fundamentales.—La conservacion de las lejitimas no menoscaba el derecho de propiedad, que nunca ha existido entre nosotros sin esto gravámen legal, derivado del concepto germánico de la comunidad en la familia.—La deduccion de las cuotas determinadas en la ley de 26 de Setiembre de 1875, haciendo concurrir al fisco, en las sucesiones testadas con los herederos instituidos, y en las intestadas con los parientes mas próximos, altera la jurisprudencia del Código.—Aquella disposicion es puramente provincial y solo subsiste como tal, sin haber sido aprobada por el H. C.—Diversos capitulos en que la citada ley provincial resulta en oposicion al Código Civil.—1º Reduce considerablemente la porcion disponible por el testador, y amengua el derecho de los parientes para suceder *ab intestato*.—2º Restringe la capacidad de la Iglesia, á quien el Código la reconoce plena para adquirir: estimando su autor las disposiciones que se dan en sentido contrario, injustas y nacidas solamente de espíritu de hostilidad.—3º La ley provincial á título de impuesto, falseando los principios que rigen en las herencias, ensancha los derechos sucesorios del fisco determinados en el Código.—Si los gobiernos provinciales pudiesen deducir el 10 y el 50 por ciento, podrían deducir tambien el 99; y si les fuese permitido hacerlo en las herencias transversales, les seria lícito tambien, ejecutarlo en las demas; quedando entonces todo el sistema de sucesiones dependiente de sus disposiciones financieras.—4º La deduccion de cuotas hereditarias autorizada por la ley provincial, es incompatible con el sistema de sucesion única establecida en el Código; pues las provincias en que no rige una disposicion semejante, resultarian de peor condicion.—5º La antigua legislacion establecia, además del derecho transversal, las mandas forzosas: las cuales han caducado, por no mencionarlás el nuevo Código, y tampoco pueden ser restablecidas sin



alterarse éste, ó por quien no tenga la facultad de variarlo—6° La ley provincial altera tambien lo dispuesto en el Código sobre la manera de hacer la liquidacion y division de la herencia; las cuales solo en ciertos casos tienen que ser judiciales; mientras que la regulacion del impuesto induce en otros muchos, la necesidad del procedimiento judicial, con grave daño de los interesados, por la demora y los gastos que ocasiona—Argumentos con que se defiende la disposicion de que se trata—I. Las provincias conservan todo el poder no delegado; y en materia de impuestos, pueden establecer aquellos que no hayan sido reservados exclusivamente á la Nacion, y no les estén prohibidos—Además de las restricciones impuestas á los Estados, en la Constitucion hay otras concernientes á la propiedad, derivadas de la naturaleza de un gobierno libre: doctrina de Story sobre este punto—No es exacta la regla de que los impuestos provinciales solo puedan resultar inconstitucionales por haber sido reservados á la Nacion, ó estarles prohibidos á las provincias; pudiendo serlo tambien por otras muchas causas que se expresen—II. Que la provincia de Buenos Aires, al establecer el impuesto en cuestion, procedia en cumplimiento de la obligacion que le prescribia la Constitucion Nacional, de proveer á la Educacion Comun—Este argumento es de ningun valor; pues aquella cláusula constitucional no importa ampliacion á las provincias de la facultad de imponer; no teniendo la naturaleza del impuesto relacion alguna con los objetos á que se aplica—III. El Derecho Administrativo, el cual pertenece la materia de impuestos, es superior al Derecho Civil, segun la máxima: *Ius privatum sub tutela juris publici latet*—Esta máxima no tiene el sentido que se le atribuye, y es mal aplicada en el caso: exposicion que de ella hace Colmeiro en sentido contrario—El Derecho Administrativo arranca de la Constitucion y leyes reglamentarias, encontrando un limite insalvable en los derechos privados—No es admisible un Derecho Administrativo provincial en oposicion á la Constitucion y leyes Nacionales; la última de las cuales es superior á las orgánicas y fundamentales de las provincias—Aun en las materias constitucionales ó legislativas, cuya reglamentacion se ha reservado á las provincias, éstas no pueden alterar los principios, ni crear ó suprimir derechos; debiendo proceder en conformidad de aquellos—En caso contrario, sus disposiciones pueden ser reclamadas como inconstitucionales, aun cuando fuesen leyes de impuestos—Se combate la teoria opuesta; pues el impuesto puede muy bien ser el instrumento de demolicion del edificio constitucional: doctrina y ejemplos tomados del Dr. Alberdi—Así, resultando inconstitucional el impuesto en cuestion por cuanto altera el Código Civil, es equivocada, y debe revocarse la sentencia apelada, que declara lo contrario—Debe tambien apercibirse al procurador del Consejo de Educacion por su proceder desusado, al clasificar de *atentado*, la resolucion de la Suprema Corte á que se hace referencia..... 197

[X—IMPUESTOS SOBRE LEGADOS FIADOS.—*Sumario*.:—Exposicion de la cuestion y del estado en que se encuentra—La propiedad es un derecho primitivo, que contiene en sí la facultad de testar; y ambos se encuentran garantidos en nuestra Constitucion—En las demas se halla siempre la misma garantía: pero aquella contiene una especialidad respecto á todas las que acuerda, cuyo origen se explica—La reglamentacion de la propiedad, en cuanto á la capacidad para adquirirla y facultad de trasmitirla, corresponde á la Nacion, por ser materia del Código Civil—La deducion de cuotas hereditarias alteraria la distribucion de los bienes de la sucesion, que debe hacerse segun el Código; y no pueden por tanto ordenar la las provincias por vía de impuesto—La ley Provincial de 26 de Setiembre de 1875 induciendo en todos los casos, la necesidad de la liquidacion judicial, altera tambien en esto las disposiciones del Código—Las altera así mismo, en cuanto limita la plena capacidad de la Iglesia para adquirir, imponiéndole como condicion cargos sumamente onerosos—El sostenimiento del Culto Católico, constitucionalmente es á cargo de la Nacion, pero la Provincia de Buenos Aires se ha obligado á cooperar á este respecto—Esto implica sobre todo, no gravarlo con impuestos, que quitarian á la iglesia lo que le diera por otros medios, y que vendrian á recaer sobre el Tesoro Federal—Segun el Dr. Alberdi, en consecuencia de la declaracion contenida en el art. 2º de la Constitucion, el culto entra á formar parte de la Administracion Nacional—Opiniones de Story y Kent, apoyadas en resoluciones de la Suprema Corte de Estados Unidos, sobre que las provincias no pueden gravar ningun ramo de la Administracion Federal—Se recuerdan entre nosotros, la resolucion de 6 de Enero de 1862 y otras varias en el mismo sentido—Los privilegios no son conformes al sistema democrático; y los que se llaman odiosos, son enteramente incompatibles con él—En materia de impuestos, estos privilegios odiosos deben considerarse proscritos, en cuanto, así la Constitucion Nacional, como la Provincial requieren la igualdad—En que consiste ésta segun el Dr. Alberdi—Dicha prescripcion constitucional contraria al impuesto de que se trata, se halla conforme con los principios de la ciencia económica—Opiniones al respecto, de algunos economistas—El impuesto del 50 por ciento sobre lo que se deja á e-<sup>st</sup>ablecimientos religiosos, comprenderia tambien á los de disidentes—No siendo estos sostenidos por el Estado, y no pudiendo costearse, sino por la liberalidad de sus adeptos, el indicado impuesto viene á ser tambien contrario á la libertad de cultos—Respuesta á los argumentos con que se defiende el impuesto cuestionado—Primero: que la disposicion de que se trata, es de forma y no de fondo; lo que no es cierto.—Las leyes de Procedimientos teniendo solo por objeto hacer efectivos los derechos reconocidos, deben basarse en los Códigos—No pueden crear, suprimir, ni alterar los derechos establecidos en es-





tos; aunque por una reglamentación abusiva se vendría á llegar al mismo resultado—Otro argumento consiste en que reteniendo las provincias el poder no delegado, en materia de impuestos concurren con la Nación; y pueden establecer todos los que esta no se haya reservado expresamente, y á ellas no les estén prohibidos—Esta doctrina se exagera por el representante del Consejo y por el Juez inferior: diversas causas por las cuales los impuestos que establezca una provincia, pueden resultar inconstitucionales—Se arguye tambien en defensa del impuesto en discusion, que precisamente la de Buenos Aires al establecerlo, para costear la educacion comun, procedió en cumplimiento del deber, que la Constitucion Nacional le impone á este respecto, como condicion á la garantía de sus instituciones—El objeto á que se aplica un impuesto no tiene relacion alguna con la naturaleza del mismo; y el precepto de proveer á la educacion comun, no importa ampliacion á las facultades de las provincias para establecer impuestos—Se observa tambien por el procurador del Consejo que no es cierto que la Ley Provincial del 75 restrinja la facultad de testar ó limite la capacidad de adquirir en la iglesia; porque la disposicion no deja de cumplirse, ni la adquisicion de consumarse—Esto es una mera sutileza, desde que al ejercicio de esta facultad se le impone injustamente una condicion gravosísima; debiendo ser de todo punto libre—La ley Provincial considera á la Iglesia respecto del testador, en peor situacion que una persona extraña—Sobre mas ó menos la trata como la antigua Legislacion á los bastardos, confiscando en provecho del Fisco lo que se le deje: observaciones irrisorias del Juez—Declamaciones injustas contra el clero, de parte del procurador—Principios y aspiraciones del Liberalismo en abierta oposicion á la doctrina católica. 217

X—DEFICIENCIA DE TÍTULOS.—*Sumario*.—Reclamo por defectos en los títulos—Providencias que puede revocar el Juez durante la tramitacion—¿Si debe considerarse defectuoso el título de venta de un bien hereditario, hecha por los hijos, por no contener la declaracion de herederos?—¿Cómo se justifica el dominio?—La calidad de comunero se comprueba por el reconocimiento de los interesados—¿Si la prescripcion de treinta años perjudicaria á menores ó incapaces?—¿Si probaria el derecho contra el Fisco?—La ley provincial de 29 de Julio de 1867 se encuentra derogada—¿Qué debe resolverse sobre una venta resultando defectuosos los títulos, y no pudiendo subsanarse los defectos?..... 267

XI—SUCESSION DE LOS CÓNYUGES.—*Sumario*.—Antecedentes del asunto —Discusion en primera instancia—Resolucion—Exámen de la misma —Indicacion de los puntos de que dependria el acierto—Eficacia de la cosa juzgada—Impide el ingreso de nuevo litis sobre lo ya resuelto—Anula cualquier sentencia contraria—Casos de excepcion en que puede rescindirse—Si por la Legislacion Española procedia





la prescripción de cosa común ó de herencia indivisa—¿A quién pertenecía la finca comprada por el marido con dinero de la mujer?—¿Si procedía la prescripción contra el fisco? y condiciones que requería—¿A quién correspondía la sucesión intestada no habiendo parientes, si á la mujer ó al Fisco?—Derecho del Fuero Juzgo que llamaba á los parientes hasta el séptimo grado y á la viuda antes que al Fisco—El Código de las Partidas extendió el derecho de los colaterales hasta el décimo grado—¿Si esta disposición fué derogada ó corregida por las leyes de la Recopilación?—Estas solo hablan del cuarto grado de parentesco; y no mencionan á la mujer—Dificultad de la materia y argumentos en favor y en contra—Diversidad de dictámenes en los autores—La negativa es la opinión mas común en la indicada cuestión—Derecho novísimo en España y en la República..... 277

XII—DERECHO DE REPRESENTACION—*Sumario*—La cuestión versa sobre una herencia *ab intestato*, que disputan exclusivamente para sí dos parientes del sexto grado, con otros dos del séptimo, que pretendiendo representar al padre ya muerto, intentan concurrir con aquellos—Aunque que estos últimos reconocen que en la línea colateral, el derecho de heredar, segun el art. 3585, solo alcanza al sexto grado, como en este se dice: *salvo el derecho de representacion*, que el art. 3560 acuerda sin limitación, á los hijos y descendientes de hermanos, establecen que mediante ésta el derecho hereditario no solo se extiende sino que pasa del sexto grado—Los primeros sostienen que la representacion no es indefinida, ni los derechos sucesorios en la línea colateral, pueden pasar del referido sexto grado—Esta interpretacion parece encontrar apoyo en los términos del art. 3545, que de un modo absoluto y sin salvar el derecho de representacion, limita la herencia al sexto grado.—Recibe tambien apoyo del 3546, en que la cláusula *salvo el derecho de representacion*, no se refiere al grado de parentesco, sino á la mayor proximidad—La cuestión es complicada y difícil; presentándose además por primera vez; de suerte que, la resolución que en ella recaiga, vendrá á establecer Jurisprudencia—La representacion en la línea colateral, tanto por Derecho Romano, como por el Español, no pasaba del tercer grado, siendo concedida únicamente en favor de los sobrinos carnales, es decir, hijos de hermanos—En el Derecho Francés por el contrario, ese derecho es indefinido, pues se extiende tanto, como en la línea recta de los descendientes—El Dr. Velez, en la nota al art. 3560, critica duramente semejante disposicion; pero en el texto concede la representacion en los mismos términos que el Código Napoleón, á favor de los hijos y descendientes de hermanos—Esto ha inducido al Dr. Segovín á decir, que el Dr. Velez ha hecho en realidad, todo lo contrario de lo que se proponia—El Juez á quo declara puestas en el texto por error las palabras y descendientes—El

doctor Moreno proponía, á su vez, corregir el texto, suprimiendo la conjunción *y*; de manera que se leyese *en favor de los hijos descendientes de hermanos*, es decir, sobrinos carnales—Esta correccion, aunque muy ingeniosa, pues con la supresion de una sola letra, ponía en consonancia nuestro Código con el Derecho Romano y Español, es inadmisibile por varias razones—Se hace notar que si hubiese de reconocerse error en el texto de nuestro Código, el mismo error existiría en el proyecto de Goyena—No existe, sin embargo, tal equivocacion; sino que, la misma frase del Código Francés empleada en el nuestro, por su correlacion con la disposicion que determina el grado á que alcanza el derecho de heredar, produce resultados contrarios—La representacion, en efecto, no tiene por objeto conferir derechos sucesorios al que absolutamente carece de ellos, sino únicamente mejorar los de aquel que, á pesar de ser heredero, con la muerte prematura del padre, vendría á ser excluido, sin embargo, por otro pariente mas próximo—Doctrina de varios autores que oxponen la materia y comprueban esta tesis—Como en el Código Francés, el derecho de sucesion en favor de los descendientes de hermanos es indefinido, debía serlo igualmente el de representacion—Como en el nuestro aquel derecho no pasa del sexto grado, tampoco la representacion puede ir mas adelante—En apoyo de esta inteligencia, se observa que el art. 3545 declara ser unas mismas las personas que pueden heredar por derecho propio y por representacion—Siendo, pues, aquellas únicamente las que se encuentran dentro del sexto grado, es claro que las demás que se hallan fuera de este grado, no tienen derecho, de heredar, ni aun por representacion; la cual de consiguiente no se extiende mas—Además, estando concedida exclusivamente la representacion en favor de los descendientes de hermanos del causante; y no siéndolo en el caso presente las apelantes, no puede competirles, por tanto, el derecho de representacion..... : 01

XIII—NULIDAD DE UN TESTAMENTO—*Sumario*:—La nulidad se funda en la incapacidad física y moral de la otorgante, por haber sufrido á la edad de sesenta á setenta y dos años, tres ataques violentos de apoplejía, que debilitando su inteligencia, la habían privado tambien del uso de la palabra—La demandada no niega los hechos que se aducen como antecedentes; pero desconoce los resultados que se les atribuyen, sosteniendo la validez del testamento pues siendo otorgado en escritura pública, en esta se afirma que la testadora era persona hábil y que ella misma dictó sus disposiciones—La prueba del demandante consiste en varios informes de facultativos médicos, posiciones propuestas á la heredera instituida y declaraciones de testigos, que el Juez á quo apreciando en su conjunto, ha estimado suficiente—El buen sentido apoyado en una constante experiencia enseña: que la inteligencia de una persona





anciana, que sufre varios ataques apopléticos, rarísima vez deja de quedar viciada—No por eso sin mas prueba, se podria establecer *apriori*, la incapacidad de esa persona; mas en la apreciacion de aquel a no se deberia ser exigente, desde que vendria en apoyo de un hecho harto verosímil—Nada demuestra en sentido contrario respecto al caso en cuestion, la indicacion del Escribano sobre la habilitad de la otorgante, pues este funcionario no tiene mision para constatarla—Objeciones que se oponen á los expresados informes de los facultativos y vicios que se alegan en el exámen de los testigos—La prueba combinada que resulta de esos informes apoyados por las declaraciones de los testigos, en relacion con lo que se deduce de la confesion de la parte, supera el valor de la escritura, en cuanto afirma que la testadora dictó sus disposiciones; pues ese instrumento es sospechosísimo por muchas consideraciones—El protocolo ó libro de Registro debe ser llevado por el Escribano, de su propia letra; mas esta formalidad no es esencial á la validez de las escrituras, ni su omision produce nulidad—El Escribano que autorizó el testamento en cuestion, dando fé del conocimiento de la otorgante, cuando en realidad la veia por primera vez; sin haber recibido informacion sobre la identidad de la persona, ha faltado á su deber, y merece ser penado..... 317

#### XIV—DENUNCIA DE LOS TERRENOS DE LA ENSENADA—Sumario:—

Relacion del caso, resumen de la discusion y sentencia de primera Instancia—Exámen de esta resolucíon, contraído á cuatro puntos principales: nulidad del testamento de doña Maria Ascension Paez; prescripcion de los terrenos cuestionados; confusion de los derechos del Fisco con los del demandado; naturaleza de la accion y objeto del juicio—Por las leyes Recopiladas se prescribia, so pena de nulidad, la lectura de toda escritura pública antes de firmarse—Esta disposicion comprendia el testamento hecho ante escribano—Dicha lectura y en general la forma de un acto jurídico, debe constar de su propio contexto—En caso contrario no se presume su observancia, ni es admisible prueba extrínseca al respecto—La nulidad del testamento afectando el órden público, proviniendo de disposicion expresa y siendo manifesta, debe considerarse absoluta—Formas en que se ha alegado la prescripcion—Exposicion de sus principios inaplicables al caso en cuestion—La prescripcion supone que el enagenante no ha sido el verdadero dueño, mientras que doña Maria Ascension era legítima dueña—La prescripcion requiere un título tal, que si hubiese emanado del dueño, hubria transmitido el dominio; mientras que el testamento de que se trata, aun emanando de la dueña, no podia transmitir la propiedad—La prescripcion de diez años no procede con título nulo—La nulidad absoluta en un acto jurídico no puede prescribirse—La prescripcion extraordinaria de treinta años no procedia con título vicioso, ni seria aplicable á las

cosas del Fisco, que requerian cuarenta—La definicion que el Código Civil hace de la confusion solo seria aplicable á las obligaciones—Procede tambien en los derechos reales desmembrados del dominio, cuando se consolidan por su reunion en la persona del propietario—No hay confusion, sin embargo, porque el dueño de una cosa recupere su posesion—El Fisco era dueño de los terrenos en cuestion, aun antes de que le fueran entregados por Merlo—La necesidad de la posesion para obtener el dominio no es aplicable á las adquisiciones por sucesion hereditaria—Corresponden al Estado las cosas sin dueño, mas bien que como heredero, por virtud de sus derechos de soberanía—Por leyes de la Provincia los bienes vacantes corresponden al Consejo de educacion, y los derechos de éste no pueden confundirse absolutamente con los del Fisco—La accion entablada no ha sido la reivindicatoria, sino la peticion de herencia—De consiguiente, el juicio es sucesorio y universal, teniendo por objeto la herencia—El promover este juicio entraña implicitamente, pero de un modo claro, en la autorizacion conferida al denunciante para reclamar los terrenos de la Ensenada—Su personeria en este sentido se encuentra, además, reconocida por resolucion ejecutoriada—Por tanto, mientras no se reconozca la nulidad del testamento y se declare vacante la herencia, ni dicha autorizacion ha caducado, ni puede darse por terminado legalmente el juicio..... 327



## SECCION SEGUNDA

### Jurisdiccion, Superintendencia y Procedimientos

V—JURISDICCION SOBRE LOS ARCHIVOS DE LA CAPITAL: SU INVISIBILIDAD.—*Sumario*.—Relacion del caso que motiva esta vista—Los escribanos actualmente en ejercicio deben considerarse funcionarios nacionales—Federalizada la Capital, los archivos debieron quedar y quedaron igualmente nacionalizados—Así lo declara tambien la Ley Orgánica de los Tribunales en varios de sus artículos—Los Archivos se hallan por tanto sujetos exclusivamente á la jurisdiccion de los Jueces nacionales, no obstante la comunidad de interés en ellos de esta ciudad y la Provincia—Antecedentes que acreditan el ejercicio actual de esa Jurisdiccion; y explicacion de los que se invocan en sentido contrario—Los Jueces Provinciales no pueden por tanto, dar órdenes directas sobre los expedientes archivados ó que deban archivarse—No seria aceptable la division que se indica, del archivo, cualesquiera que fuesen las bases—Razones de

interés público que aconsejan conservarlo íntegro, y que demuestran su indivisibilidad..... 5

**XVI—JUEZ COMPETENTE EN LOS INTERDICTOS—*Sumario:***—Se trata entre vecinos de la Capital, de la denuncia de obra nueva en una finca situada fuera del territorio federalizado—*Causas generales* que surtiendo fuero, determinan la competencia del Juez, según que la acción deducida sea real ó personal—Esta clasificación en las acciones depende de la naturaleza del derecho reclamado; pero es muy difícil determinar la de la posesión—Sobre este punto existen distintas opiniones entre los Jurisconsultos, los cuales profesan doctrinas muy diversas, siendo constante que el Código no considera la posesión como derecho real—El Derecho Romano consideraba también á los interdictos, acciones personales—El Derecho Canónico por el contrario, concediendo contra tercero la acción del despojo, estimaba como real el derecho de posesión—Puede llamarse con propiedad anómalo; y de aquí es que aun los que lo reputan personal, atribuyen el conocimiento de los interdictos al Juez del lugar en que se encuentra situada la cosa—Nuestra ley de Procedimientos nada resuelve al respecto, pero la Española de que fué tomada, decide el punto en el sentido indicado—Esta ley procede á su vez de acuerdo con el Derecho Romano y el Canónico; existiendo razones de mucho peso en favor de su resolución..... 363

**XVII—JURISDICCION SOBRE BIENES RAICES—*Sumario:***—El conocimiento en el juicio sucesorio pertenece al Juez del último domicilio—El extranjero en el momento de abandonar el país de su residencia, recupera el domicilio de su nacimiento—El cambio ó adquisición de nuevo domicilio se produce instantáneamente—Respecto del que sin residencia fija, conserva separada de sí la familia en un punto y los negocios en otro, debe atenderse principalmente á su intención final—El juicio sucesorio es universal; y comprende todos los bienes muebles y raíces—Estos, sin embargo, son regidos exclusivamente por las leyes del país en que están situados; y aquel no confiere jurisdicción á cerca de ellos á los tribunales extranjeros..... 371

**XVIII—JUEZ COMPETENTE EN LA DEMANDA DE JACTANCIA—*Sumario:***—Exposición del caso: El Juez Civil de la Asunción dirige exhorto al de igual clase de esta Capital, solicitando la citación de un vecino demandado allí sobre jactancia, por atribuirse derechos en unos campos situados en el Chaco Paraguayo—El demandado se opone al cumplimiento de este exhorto, sosteniendo que cuando tal demanda fuese procedente, su conocimiento correspondería á los tribunales de esta Capital—Funda su pretensión en que, siendo regla de procedimientos que en las acciones personales, el actor debe seguir el fuero del reo, el suyo se encuentra en esta Capital, donde se halla domiciliado—Observa también que según el Código Civil, el domicilio es el que determina la competencia de los Tri-





bunales, y conforme á la Ley de Procedimientos, á falta de un fuero convencional, las acciones personales deben deducirse ante el Juez del domicilio—Demuestra que la demanda de jactancia no importa el ejercicio de una accion real, por cuanto no se dirige á obtener el reconocimiento de la existencia ó la plenitud de derechos reales—Alega por último, que la accion de que se trata dimana de una obligacion que la ley misma impone á ciertas personas; y solo se dá contra ellas, cuando las acciones reales, proviniendo de derechos absolutos, se refieren á todos—El Agente Fiscal opina que no siendo posible la competencia del Juez con el exhortante, por carecer de un superior comun; y siendo obligado á la reciprocidad, el exhorto debe cumplirse en todo caso, con la cláusula de *sin perjuicio*; y reservarse el examen de la jurisdiccion para cuando se pida la ejecucion de la sentencia: dictámen que ha sido aceptado por el Juez á quo—Crítica y refutacion de los fundamentos de este dictámen, sin que ellas importen, sin embargo, atacar la resolucion en su fondo—El que fuese inadecuado el procedimiento de la competencia, no demostraría que el Juez debiera prestarse á servir de instrumento á una usurpacion—Cuando esta no aparece *prima facie*, ni se suscita tampoco cuestion de competencia, para resguardar la propia jurisdiccion, basta la cláusula *sin perjuicio*—No sucedería lo mismo en caso contrario, pues entonces el cumplimiento del exhorto importaría renuncia de la jurisdiccion propia y el reconocimiento de la ajena—Una vez reconocida así la jurisdiccion del Juez exhortante, sería tarde para discutirla cuando solo se tratase de la ejecucion de la sentencia, pues no podría negarse sin inconsecuencia—El expediente sugerido por el Agente Fiscal para salvar la jurisdiccion propia, de esperar que se solicite la ejecucion de la sentencia, sería ineficaz; pues muchas veces el Juez exhortante para la citacion, no necesitaria despues auxilio extraño, para hacer cumplir su resolucion—Exámen y rectificacion de los argumentos con que el demandado declina la jurisdiccion del Juez exhortante, y trata de establecer en el caso la de los tribunales de la Capital—Orígen y desarrollo de la accion de jactancia introducida por el Derecho Romano, el cual la aplicaba á la difamacion, participando por tanto del carácter penal—Habiendo pasado al Derecho de Partidas, éste la referia á cualquier hecho desdoroso y perjudicial; por lo que la práctica de los Tribunales le dió amplia aplicacion—En el hecho de atribuirse públicamente derechos en una finca poseida por otro sin llegar á reclamarla, se consideró que existia perturbacion moral de la posesion, y se aplicó la accion de jactancia—Teniendo, pues, por objeto como las acciones posesorias, hacer respetar la posesion, su conocimiento debe corresponder al mismo Juez que entiendo en aquellas, es decir, al del lugar en que se encuentra situada la cosa—Tanto mas debe ser esto así, cuanto que, dando por resultado el que se ordene al jactancioso deducir sus derechos en un término perentorio, con apercibimiento de declararse que ninguno

le corresponde, solo el expresado Juez podría hacer legalmente esa declaracion—Examinadas á la luz de los principios establecidos las objeciones que se oponen al ejercicio de jurisdiccion por el Juez exhortante, éstas se desvanecen completamente—Nada ha variado en los enunciados principios que determinan la competencia del Juez en la accion de jactancia, la Ley de Procedimientos, antes bien, de sus disposiciones se deduce el mismo fuero—Aplicacion de la doctrina expuesta al caso en cuestion.....

380

XIX—CONSULTA DEL EJECUTIVO SOBRE VARIOS PUNTOS.....

392

XX—ABOGADOS EXTRANJEROS—REVALIDACION DE SUS TÍTULOS...

395

XXI—EJECUTORIA EXPEDIDA POR TRIBUNALES EXTRANJEROS.....

398

XXII—RECURSO DE FUERZA—*Sumario*:—El recurso es de conocer—Se refiere á un juicio entre vecinos de la Provincia—Si hubiese usurpacion de Jurisdiccion seria de la de sus Tribunales—No le incumbe al Fiscal de las Cámaras de la Capital defender esa Jurisdiccion; ni á la Cámara Civil definirla—El Tribunal es, pues, incompetente.....

403

XXIII—RECURSO DE FUERZA—*Sumario*:—El recurso versa sobre el modo de conocer y proceder—Se funda en que no se ha permitido á la parte presenciar las declaraciones—Esta se queja además de haber sido depositada en la Casa de Ejercicios—Se procede equivocadamente el suponerse que los juicios eclesiásticos son regidos por las Leyes de Procedimientos Civiles—La Ley Nacional de 14 de Setiembre de 1863 no ha sido dada para la Curia Eclesiástica—Si ella la ha adoptado es solamente como supletoria del Derecho Canónico Segun éste, el exámen de testigos, especialmente en el juicio de divorcio, debe ser reservado—Cuando versa entre católicos, la Curia es la que ordena el depósito de la mujer—Se encuentra en posesion de esa facultad; y le está reconocida por los Tribunales—De consiguiente es ella tambien la que provee las medidas necesarias en caso de violacion del depósito—Este no puede confundirse con la prision: corresponde al marido solicitar esas medidas—Hay violacion del depósito, cuando la mujer abandona la casa en que sido colocada, sin conocimiento del Tribunal—Esto es precisamente lo ocurrido; y las medidas adoptadas con ese motivo son perfectamente legales—Doctrina de Tápia sobre los puntos indicados, de la cual resulta que el recurso deducido es improcedente.....

405

XXIV—RECURSO DE FUERZA—*Sumario*:—Relacion de los hechos segun el recurrente—Rectificaciones indispensables—Son incompatibles y no pueden acumularse los recursos de fuerza en conocer, con el del modo de conocer y proceder—Si el recurso de fuerza en conocer necesita ó no *preparacion*, y en que consista esta—En la omision de que se acusa á la Curia no hay usurpacion de Jurisdiccion—El

405



recurso sobre el modo de conocer y proceder no ha sido preparado —El defecto de trámite para que funde legalmente este recurso, ha de importar *injusticia notoria*—Ha de ser además, de los que en el fuero civil producen la nulidad del juicio—En fin, debe tener lugar en sentencia definitiva ó interlocutoria con fuerza de tal—En el procedimiento reclamado no se encuentran estas condiciones—La injusticia intrínseca de una resolución no dá lugar á los recursos de fuerza—Diferencia al respecto, entre éstos y la *apelación del abuso*.....

411



**XXV—RECURSO DE FUERZA Y PROTECCION—Sumario.**—La Curia Eclesiástica se dirige á la Cámara de lo Civil quejándose de que el Juez del Crímen, á mérito de un recurso de *Habeas corpus*, habia mandado poner en libertad una mujer depositada en la Casa de Ejercicios, con motivo de un juicio de divorcio—Expone que, por las leyes vigentes en la Capital, no existia el expresado recurso de *Habeas corpus*, segun lo habia declarado repetidas veces la Cámara de lo Criminal—Que cuando existiera, de ninguna suerte podria aplicarse en el caso indicado, pues, además de que el depósito de la mujer no es propiamente una prision, el derecho de ordenarlo correspondia á la Curia, á quien incumbe conocer en los juicios de divorcio entre personas casadas con autoridad de la Iglesia—El Provisor concluye solicitando una resolución al respecto, que sirva de regla y evite avances contra su Jurisdiccion—Aunque el Fiscal comprende la urgencia del caso, y habia deseado expedirse con toda la brevedad que recomiendan las leyes, no ha podido verificarlo por su gravedad y dificultades que ofrece—No fuera de duda que existian dos clases de recursos de fuerza, los unos contra las resoluciones de la Autoridad Eclesiástica, si fuesen irregulares: los otros llamados de proteccion, cuando la Jurisdiccion Eclesiástica era invadida por Jueces legos—La Ley Orgánica al atribuir á la Cámara de lo Civil el conocimiento de los recursos de fuerza, solo menciona los que tienen lugar contra las resoluciones de la Autoridad Eclesiástica; por lo que podrian creerse suprimidos los que se acordaban en su defensa—Esta interpretacion es inadmisibile, pues, no aparece que la ley se hubiese propuesto introducir novedad en la materia; y si menciona solamente los recursos contra las resoluciones de la Autoridad Eclesiástica, es solo por ser los mas frecuentes—Mientras la Jurisdiccion Eclesiástica se encuentre reconocida por las leyes, es indispensable que tenga medios de hacerse respetar, que no pueden ser otros que los indicados recursos de proteccion—La Ley Orgánica, además, se complementa ella misma, refiriéndose á las de Procedimientos vigentes en la Provincia, que en la materia de que se trata no eran otras que las Españolas y el Código de Indias—No serian procedentes en el caso los recursos de apelacion, ni la competencia ordinaria: el primero, porque im-



portaria reconocer una Jurisdiccion que se desconoce; el segundo, porque supone un Superior comun que ejerce la misma Jurisdiccion, el cual no existe—Los Tribunales Superiores se hallan investidos, sin embargo, de un derecho de inspeccion para conservar el órden público, manteniendo á los Tribunales Civiles y Eclesiásticos en la esfera de sus atribuciones—Se demuestra que por las Leyes Españolas y de Indias existia el expresado recurso de proteccion en defensa de la Autoridad Eclesiástica—Estos recursos, segun Caravantes, se han conservado en la nueva Ley Española de Procedimientos, previéndose que en los casos á que se refieren, no se sigan las reglas de la competencia comun, sino el trámite establecido para los recursos de fuerza.... 423

XXVI 1) —SOBRE LOS INTERESES DE UN CAPITAL CAPELLANICO—*Sumario*.—Relacion del caso: habiendo fallecido D. Patricio Hamilton en 12 de Mayo de 1872, dejando ordenada en su testamento la fundacion de una Capellanía con capital de treinta mil pesos moneda corriente, sus herederos recien en 27 de Octubre de 1880, han puesto esta cantidad á disposicion del Prelado Eclesiástico, el cual reclama los intereses desde la muerte del testador—La sentencia de primera instancia desechó la demanda, declarando que á pesar del mucho tiempo transcurrido, no habia existido mora en sentido legal, por no haber mediado interpelacion; lo cual es en parte equivocado—Aunque el legado no era condicional, ni á plazo, no siendo de cosa cierta, sino de cantidad, no era exigible, ni podia producir intereses, sino despues del arreglo y liquidacion de la testamentaria—Constando sin embargo, que en 6 de Noviembre de 1875, la testamentaria se encontraba liquidada ya, y que existia dinero depositado en el Banco, en cantidad suficiente para la indicada fundacion; sin haberse verificado ésta no obstante por culpa exclusivamente de los representantes de aquella; no hay razon alguna, para que desde entonces no se abonen intereses—Exámen de los considerandos de la sentencia que resuelve lo contrario—Es inexacto que haya habido culpa alguna de parte del Prelado en dejar de gestionar la fundacion de que se trata pues que no se le habia dado conocimiento de ella—Tambien es inexacto que el caso presente no esté comprendido entre las excepciones al principio general de que no hay mora sin requerimiento—Una de dichas excepciones se refiere al caso en que el mismo deudor ha hecho imposible el requerimiento ó la interpelacion—Tal sucede en el caso *sub judice* en que el albacea, debiendo poner en conocimiento del Prelado la disposicion testamentaria, en que se ordenaba una fundacion religiosa, dejó de haverlo culpablemente—Reconociendo el Juez *á quo* la culpa y negligencia del albacea, declara que no pueden perjudicar á los herederos—Esta doctrina es falsa; porque

(1) Esta Vista correspondia á la primera Seccion: por haberse extraviado la colocamos en este lugar.



siendo el albacea el representante legítimo de la testamentaria, su omision no puede dejar de responsabilizarlos, salvo el regreso de los herederos contra él, por el daño que les hubiese causado—Resolucion que corresponde en justicia, segun las circunstancias del caso y con arreglo á los principios expuestos.....	434
XXVII—PETICION DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS .....	440



## APÉNDICE

**DERECHOS DE AGUA—Sumario.**—Condiciones que debe justificar el que solicite la constitucion de la servidumbre de acueducto—Derecho al uso del agua de que intenta servirse; la traza mas conveniente del canal—Aplicacion al caso en cuestion—La oposicion del demandado se fundaba en la nulidad del título ó concesion de riego acordada al demandante por suponer que perjudicaba su propiedad; se oponia á la cosa juzgada, y le desconocia el privilegio que como ribereño creia corresponderle en el uso del agua del arroyo—Si en la suposicion de que efectivamente existia este privilegio, los ribereños pueden aplicar el agua que les corresponda al riego de un terreno no ribereño?—El aprovechamiento de las aguas de las crecientes por sí solo, bastaria á fundar legalmente la constitucion de la servidumbre de acueducto—Echenique por el hecho de solicitar del Gobierno permiso para regar cien cuadras, despues de la concesion hecha por éste á Amenabar, reconoció que existia un sobrante de agua suficiente cuando menos, para el riego de aquella extension de terreno—El título emanado de autoridad competente y revestido de las formas legales se presume válido, y aun cuando lleve la cláusula de *sin perjuicio*, el que pretenda impugnarlo debe justificar que realmente perjudica sus derechos—En los juicios anteriores entre Zela y Echenique jamás se le habia reconocido á éste posesion en toda el agua del Arroyo de los Molinos, sobrante de la que alzaban las demas tomas existentes—El privilegio del ribereño no subsiste como se demostrará mas adelante, y cuando subsistiese, no se le podria oponer á Amenabar que tambien es ribereño—No era absoluto, pues solo se concedia en igualdad de circunstancias; mientras que el título de aquel era anterior al de Echenique—Tampoco era relativo exclusiva é inseparablemente, á los predios ribereños, pues podia cederse y perderse por prescripcion—Echenique nunca habia exhibido el título de su posesion, y aunque esta le habia sido reconocida interinamente, debia cesar desde que se le opusiese una concesion legal—Por resultar excesivo un título no se anula enteramente, pues lo

útil no se vicia por lo inútil, sino que se reduce simplemente, hasta salvar todo perjuicio á tercero—El que usa del agua de un río ó de un arroyo, ningún perjuicio causa al derecho de los domas que también se sirven de ella, por el hecho solo de subir su toma—La distribución equitativa de las aguas debería hacerse en proporción á la extensión de terrenos, que los propietarios pudiesen regar—Exámen de las sentencias pronunciadas en los pleitos entre Echenique y Zelis, para demostrar que nunca se le reconoció á aquel, derecho á toda el agua sobrante de la que alzaban las demas tomas—Reglas establecidas y condiciones que se requieren, para que proceda legalmente en un caso dado, la excepcion de cosa juzgada; demostrándose que no existen en el que se encuentra *sub judice*—Si habria justicia ó conveniencia en atribuir á los ribereños de los arroyos privilegio esclusivo para el aprovechamiento de sus aguas.—Al declarar el Código la servidumbre de acueducto en favor de cualquier heredad que la necesite para conducir el agua supone el derecho de aprovecharla aun en los no ribereños—No resultando conforme á las prescripciones del Código Civil el privilegio acordado á los ribereños por una ley Provincial, ha quedado derogado, como ha sucedido también con el que disfrutaba el Banco—Las Provincias no pueden legislar alterando las disposiciones de los Códigos Nacionales; y las leyes sancionadas antes de su vigencia, que resulten en oposicion, han quedado derogadas—Aun en los casos en que se encuentren especialmente autorizadas para reglamentar las materias en ellas contenidas, deben hacerlo en entera conformidad á sus disposiciones—Si existiese el privilegio de los ribereños, no seria inalienable é imprescriptible, como se pretende demostrar observándose que es un derecho de mera facultad—Estudio comparativo entre lo dispuesto por la ley Provincial, la Jurisprudencia Francesa y el Código Argentino con relacion, al derecho de los ribereños para aprovechar las corrientes de agua—El Derecho Francés distinguiendo los rios navegables ó flotables de los que no lo son, y reservando los primeros al dominio público, concede exclusivamente á los ribereños el goce de los demás—A pesar de esto la Jurisprudencia Francesa, no favorece la pretension de Echenique, pues permite á los ribereños aplicar sus derechos al riego á cualquier terreno de su propiedad, aunque no sea de costa—Para aprovechar las aguas, los ribereños no necesitan especial permiso de la autoridad; y pueden ceder ó enagenar su derecho, el cual no es inseparable de los terrenos de costa—Por nuestro Código toda agua corriente por cauce natural es del dominio público; el derecho de aprovecharla corresponde indistintamente á todos los propietarios; pero nadie puede alzarla sin permiso de la autoridad—Se pretende hallar rastros del privilegio de los ribereños en el título del Código sobre restricciones y límites del dominio; mas éste es un error: fácil de demostrarse—Exámen en particular de las disposiciones contenidas en el título expresado, en las cuales se pretende encon-



trarse indicaciones del privilegio de los ribereños—Es inexacto el que siempre se hayan considerado como propiedad de los ribereños los arroyos ó rios no navegables, pues que sus aguas se han reputado públicas—No lo es menos el que las disposiciones de nuestro Código en la materia deriven de las costumbres de Normandia; pues podrian deducirse mas bien de las de Cataluña ó Lombardia—De ellas en efecto, tomó el Dr. Goyena las disposiciones de su proyecto, que declara del dominio público las aguas corrientes; y el Dr. Velez al adoptar este principio, lo amplió todavía mas: porque suprimiendo las excepciones que aquel admitia, lo hizo absoluto—Es un grave error pretender explicar la Jurisprudencia de nuestro Código en la materia, por los principios de la Legislacion Francesa, cuando el mismo autor de aquel declara que son muy diversos de los que él ha adoptado.....	444
---	-----





PARTE I

---

# CÁMARA DE LO CIVIL

---





PARTE PRIMERA

# CÁMARA DE LO CIVIL

---

SECCION I

## Cuestiones de fondo

---

### VISTA I

#### FILIACION NATURAL

##### SUMARIO:

Las obligaciones de los padres respecto á sus hijos, son de Derecho natural; y al sancionarlas la ley civil, no hace otra cosa que reconocerlas —El Código Civil sumamente liberal con los hijos naturales no podia dejar, ni ha dejado sus derechos dependientes de la voluntad del padre —Caso de desconocerlos este, cualquiera que haya sido su conducta anterior para con ellos, les aeuerta accion para investigar la paternidad, admitiendo acerca de ésta toda clase de prueba—En Francia se halla prohibida la investigacion de la paternidad natural, y esta solo se prueba por el reconocimiento del padre en documento auténtico; pugnando algunos juriseconsultos porque se admita tambien, el que resulta de la posesion de estado—El sistema de nuestro Código es enteramente contrario, pues no solo permite dicha indagacion, sino que deja libre la prueba—No exige indispensablemente la posesion de estado; lo cual dejaría siempre dependiendo de los mismos padres el cumplimiento de sus obligaciones, desde que solo ellos pueden concederla—Argumentos que se aducen como fundamentos del sistema prohibitivo adoptado en el Código Napoleon—La dificultad de la prueba de la paternidad no demuestra que aquella deba restringirse, antes persuade la necesidad de ampliarse —El que la posesion de estado sea la mejor prueba de la filiacion, tampoco demuestra que deban excluirse las demas; pues de lo contrario deberia desecharse tambien el reconocimiento por escritura—La presuncion de paternidad establecida en el matrimonio, era extensiva, segun la ley de Toro, al concubinato en ciertas condiciones—Aunque en otros casos esta ley exijia el reconocimiento del padre, no prohibia sin embargo, la indagacion de la paternidad permitida por el Derecho de Partidas—La







paternidad se consideraba comprobada por la coincidencia de la época de la concepcion con la de las relaciones sostenidas con la madre, no resultando sospechas de infidelidad.—La resolucíon apelada, reduciendo la prueba de la filiacion natural á la posesion de estado, choca con los términos expresos de la ley, que la admite por todos los medios.—Las disposiciones que se aducen en dicha resolucíon, en apoyo de la indicada doctrina son inconducentes—Exámen detallado de estas disposiciones y su explicacion; satisfaciéndose al mismo tiempo los argumentos contrarios—Opinion del Dr. Segovia sobre la prueba de la filiacion natural admisible segun el Código—Jurisprudencia que se hallaba establecida en los Tribunales de la Provincia—Doctrina que prevaleció en el Congreso: con la cual se demuestra que al ménos en vida del padre, debe admitirse todo género de prueba—Habiendo ofrecido la demandante justificar la filiacion por la posesion de estado, esta promesa segun el Juez *á quo*, mediante la contestacion á la demanda, constituia en el caso *sub-judice*, un cuasi-contrato—Refutacion de esta teoria: así como no pueden adquirirse derechos contra el órden público, tampoco pueden renunciarse los que con él se relacionan—La indicada promesa no valdria ni como reconocimiento, pues este no puede crear una nueva obligacion; ni como confesíon, la cual versando sobre un punto de Derecho resultaria errónea.—Al apreciar los hechos el Juez *á quo*, no ha tenido en vista que la contestacion á la demanda fué evasiva—Tampoco ha reparado que habiendo negado con juramento el demandado, el hecho afirmado en una pregunta de las posiciones, debia tenérsele por confeso en el contenido de todas ellas—Prueba testimonial de la demandante y exámen de las tachas opuestas á los testigos en sus personas y en sus dichos—El Juez prescinde enteramente de los testigos tachados, cuando no siendo de todo punto inhábiles, sus dichos por lo ménos valen como presunciones—Considera la prueba solo en sus detalles, siendo que toda su fuerza consiste precisamente en el conjunto—La prueba de la *coartada* intentada por el demandado resulta deficiente é incompleta—Contradiccion en que incurre al apreciarla, la sentencia apelada.

*Exma. Cámara* :—La causa mas eficaz, poderosa é indestructible de las obligaciones fundadas en la equidad, es decir, en los dictados de la razon y en los sentimientos innatos del corazon humano, es la paternidad; pues esos deberes son anteriores á la ley civil y emanan directamente de la naturaleza; produciendo en favor de los hijos derechos sagrados é inviolables, porque depende de su cumplimiento la conservacion de nuestra especie.

Es por esto que la inteligencia infinita que ha presidido á la creacion y que se revela esplendente en la naturaleza,



ha garantido su ejecucion depositando en el corazon de los padres una fuente inagotable de cariño y de ternura; y dotando á los niños del poder de la simpatía que inspiran emanada de la mas pura inocencia, el candor angelical y los demas atractivos que obran en aquellos irresistiblemente.

Ha hecho mas; para estimular á los padres al cumplimiento de estos deberes, les ha puesto delante de los ojos el ejemplo de los brutos, que aunque privados de razon, aman sin embargo, instintiva y poderosamente, á sus hijuelos, los alimentan, los crían y los defienden hasta el sacrificio, sin esquivar jamas las penalidades; solo el hombre, aunque racional, por un triste privilegio de su naturaleza libre, se substraee á la vez á esos deberes y se subleva contra ellos.

Fué por esto necesario que la ley Civil á la cual vá siempre acompañada la idea de coaccion en caso de necesidad, al mismo tiempo que organizaba la familia bajo las bases que mejor respondiesen á su mejoramiento y perfeccion de la sociedad, prestase tambien nuevas garantías á los hijos.

Y si bien prudentemente debia preferir los frutos del matrimonio que es la union solemne é indisoluble del hombre y de la mujer; es decir los hijos legítimos, nunca olvidó, ni podia olvidar, que tambien los naturales son verdaderos hijos, y que si fuesen desatendidos, reclamarían con razon, por lo menos, la educacion y los alimentos indispen-sables.

Se nota con exactitud, que nuestro Código Civil sobrepone á antiguas y vulgares preocupaciones; sin que les obste la mancha de su origen, cuando ellos no han elegido su nacimiento, ha mejorado mucho la condicion de los hijos naturales, haciéndolos participantes en la herencia de los padres, aun en concurrencia de los legítimos.

#### LA CUESTION DE DERECHO

§ 1. Tan benéficas disposiciones á favor de los hijos naturales: ¿dependerán enteramente del consentimiento de los



padres? De ninguna suerte; pues á la idea misma de obligacion civil, es esencialmente inherente la necesidad de cumplirla y la amenaza de la coaccion del Poder Público en último caso: lo demas sería un mero consejo ageno á las atribuciones del Legislador. Así es que en Jurisprudencia, ni siquiera se comprende un derecho librado absolutamente á la buena voluntad del que haya de cumplir la obligacion. Art. 16, tit. 5º, Sec. 1ª, Lib. 2º, C. C.

Siendo evidente por otra parte que muchos padres aun sin desconocer sus deberes para con los hijos naturales, que reconocen por tales, los desatienden sin embargo, á la vez, y los descuidan, ó prescinden de todo punto de lo que aquellos exigen; llegando no pocos á negar la paternidad, y á desconocer la causa de que se originan, era consiguiente que el Código si no habia de consentir en que quedasen ilusorios, concediese tambien á los hijos naturales, alguna accion para hacerlos valer.

Así sucede en efecto; pues el art. 2º, tit. V, Sec. 2ª, Libro 1º del C. C. declara espresamente, «que los hijos naturales tienen accion para pedir ser reconocidos por el padre ó madre, ó para que el Juez los declare tales, cuando los padres negasen que son hijos suyos.» Nótese en esta disposicion, que el padre que niega que una persona es hija suya, y contra el cual el citado artículo concede á esta la accion de filiacion, puede muy bien no haberla reconocido jamas, ni tratado como hija; y que sin embargo, aun en esa suposicion, en todo caso, sin distincion alguna, le acuerda accion contra él; porque esta observacion es importante, respecto á la gran cuestion tan debatida de saber cómo se haya de probar la filiacion.

Así es realmente; porque si en todo caso, y cualquiera que haya sido la conducta del padre para con el hijo, aunque lo haya desconocido y abandonado desde el momento de su nacimiento, se le concede siempre accion de filiacion; era consiguiente el que para fundarla, no se le exigiese indispensablemente, el reconocimiento, ni tácito ni expreso,



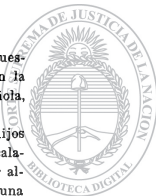
que aun siendo hijo verdaderamente, no existiría quizá muchas veces.

El Código Civil ha sido lógico y la segunda parte de este artículo concordando perfectamente con la primera, que reconoce en los hijos naturales, un derecho absoluto contra los padres que se nieguen á reconocerlos, ordena en seguida el «que se les admita en la investigacion de la paternidad ó maternidad, todas las pruebas que se admiten para probar los hechos y que concurren á demostrar la filiacion natural.»

Tan clara y tan terminante es esta disposicion perfectamente conforme por otra parte con el Derecho Romano, el Derecho Canónico y la Legislacion Española que nos ha regido siglos enteros, que debería admirar el que haya podido siquiera, suscitarse cuestion sobre su inteligencia; si no fuese notoria la manía que existe en este Foro, de referirlo todo á la Jurisprudencia Francesa, aun sin detenerse á examinar, si los textos positivos de que parte sean análogos ó no en el caso, á los de nuestro Código, y si contienen la misma doctrina.

§ 2. En Francia se halla prohibida absolutamente la indagacion de la paternidad; y no se permite en manera alguna probar la filiacion natural, sino por reconocimiento auténtico del padre: pugnando algunos ilustrados Jurisconsultos, para que al menos por analogía, se admita igualmente como prueba la posesion de estado. (Código Napoleon, art. 340.)

Nuestro Código permite al contrario libremente, á los hijos naturales indagar la paternidad, admitiéndoles ademas, toda clase de pruebas: escrituras, confesion, testigos, presunciones, *etcétera*; mas para amoldar nuestra Jurisprudencia á la Francesa, no á la que rige en Francia como ley, sino á la opinion de ciertos autores, se pretende que tampoco entre nosotros, debe permitirse otra prueba de filiacion natural, que el reconocimiento auténtico ó la demostracion de posesion de estado.



¿Es razonable esta teoría, ya que no se conforma con nuestras tradiciones, con las Legislaciones antiguas, ni con la mayor parte de las modernas, Alemana, Inglesa, Española, Suiza, Norte-Americana *etcétera*? De ninguna suerte.

Ella haría ilusorio en muchos casos el derecho de los hijos naturales, acordando carta en blanco á los libertinos y calaveras para entregarse sin reserva á los placeres, sin temor alguno por los resultados; pues con tal que no firmen una escritura de reconocimiento, no cuiden, ni socorran de modo alguno á sus hijos; y mucho menos les dispensen una sola caricia, prescindiendo de ellos desde que nazcan, no habrá cuidado de que estos jamas puedan demostrar posesion de estado, ni deducir por consiguiente reclamacion alguna.

La posesion de estado depende absolutamente del padre, siendo imposible adquirirla contra su voluntad; pues consiste precisamente en su reconocimiento tácito; luego con no hacerlo de ningun modo, ni tácito, ni espreso, desaparecen todos los derechos de los hijos naturales, ó lo que tanto vale, no podrán probarse; quedando dependiente enteramente la obligacion, de la voluntad del mismo que debe cumplirla.

§ 3. Se hacen comentarios muy curiosos para demostrar que en defecto del reconocimiento auténtico, en la filiacion natural, la prueba de la posesion de estado es indispensable. «La paternidad, se dice, es un misterio impenetrable». *¿Quid inde?* ¿Se ha averiguado acaso, que todos los misterios sean falsos ó que no pueden probarse? En la naturaleza los misterios nos rodean por todas partes; y tan distantes estamos de poderlos explicar, como de la posibilidad de negarlos; hallándonos bien seguros de su existencia y siendo manifiestos á nuestros ojos sus efectos.

¿Se quiere indicar acaso, que la paternidad es un hecho de difícil prueba? ¿Cuál debería ser la consecuencia de esto? ¿Habría de exigirse mayor prueba por esta circunstancia, ó debería al contrario facilitarse, contentándonos con menos?



En Jurisprudencia pueden mencionarse muchos casos, á cerca de los cuales están convenidos los autores, en que el hecho es de difícil prueba, como los delitos en yermo y despoblado, el infanticidio, el adulterio y demas; pero entónces, léjos de exigirse por esto, prueba de evidencia; por ejemplo, se admiten menos perfectas y aun de presunciones.

Sucedia lo mismo en lo Civil, *verbi gracia*, antiguamente en la usura, y aun ahora en la identidad de la letra de un documento privado, ó cuando se trata de hechos antiguos, ó del fallecimiento en países lejanos, y tambien entónces, en vez de requerir la ley mayor prueba, si es necesario esclarecer el hecho para definir los derechos, ó se contenta con menos prueba ó establece alguna presuncion. (Art. 1º, tít. 8º, sec. 1ª, lib. 1º C. C., ley 14, tít. 14, part. 3ª.)

Si, pues, la paternidad se considera un hecho de difícil prueba, recurriremos primero á las presunciones legales, y en su defecto habrán de admitirse pruebas menos perfectas ó presunciones de hombre, siempre que por su naturaleza, su número y su correlacion convenzan moralmente de la verdad; á menos de suprimirse los derechos acordados no puede procederse de otra manera.

Todo, antes que admitir que la ley haya creado derechos dejando librada enteramente la posibilidad de la prueba á la voluntad del deudor; pero los partidarios de la prueba restringida en la materia que nos ocupa, despues de establecer que la paternidad natural es un hecho de difícil prueba, procediendo contra toda regla, intentan dificultarla aun mas, exigiendo indispensablemente la posesion de estado; con lo cual la dejan dependiente absolutamente de la voluntad del padre.

§ 4. Se exalta sobre manera la importancia de la posesion de estado, ponderándose sus ventajas, y haciendo ver que equivale ó supera al valor del mismo reconocimiento del padre en documento auténtico, que quita toda duda y suprime la posibilidad de error, con que se cause agravio al



demandado ; y de aquí se deduce, que es la única que debe admitirse en las cuestiones de filiacion natural.

No pueden en verdad ponerse en duda las ventajas de la posesion de estado como prueba de la filiacion natural ; pero en toda institucion, es necesario estudiar simultáneamente las ventajas y los inconvenientes, que ciertamente no serian pequeños, de concretarse exclusivamente la prueba de la filiacion natural, cuando no hay reconocimiento formal, á la posesion de estado.

Primero, limita demasiado el ejercicio de las acciones de los hijos ; dificultando mas y mas la prueba ; segundo, grava en consecuencia á la sociedad con el sostenimiento de un gran número de niños que serán abandonados por los padres, en la seguridad de que no podrán demostrar su filiacion : tercero, deja dependiente de todo punto la prueba del derecho, no del acreedor como convendria, sino del deudor, que lo mismo que el reconocimiento escrito, concede ó niega la posesion de estado ; cuarto, en fin, hace de mejor condicion al libertino, que prescindió de su hijo desde que nació, que al padre natural que al menos lo hubiese atendido por algun tiempo.

De que, como se pretende, la posesion de estado sea la mejor prueba, no es consecuencia legitima que deba ser la única que haya de admitirse en la materia ; porque no siempre en la práctica es posible y hacedero lo mejor ; y porque lo peor de todo seria, el que la ley autorizase directa ó indirectamente el libertinage, cargando sus resultados á la sociedad y eximiendo al culpable de toda responsabilidad.

Si como prueba, solo ha de admitirse la mejor, aunque las mas veces sea imposible, puesto que, segun se dice, respecto á la filiacion natural, la posesion de estado es mejor que el reconocimiento auténtico, en buena lógica, este tampoco debería admitirse ; y vice-versa, si este fuese mejor que la posesion de estado, aquel debería ser la única prueba admisible.



Entre las clases de prueba que reconoce la Jurisprudencia, la mejor y la mas acabada es la confesion de parte, que escusa las demas, haciéndolas innecesarias, y sin embargo, por no ser posible muchas veces, se han admitido siempre, y se admiten ahora mismo, otras varias clases de pruebas. (ley 8ª, tít. 14, p. 3ª, C. de Procedimientos, Sec. VIII.)

Aun en las obligaciones contractuales en que el acreedor puede preparar con tiempo la prueba que quiera y mas le convenga, pues la elige á su voluntad, no se le exige con todo, la mejor. ¿Quién puede dudar que es mejor la escritura pública, que el documento privado? Y con todo, muchas y las mas de las veces, no se le exige por prueba un documento público; y si esto sucede tratándose de la prueba preconstituida, ¿por qué sería de diverso modo, donde esa prueba no es posible, ni con qué razon se le exigiria al hijo natural á cerca de su procedencia, determinada clase de prueba, que él no habria podido preparar?

§ 5. Se observa que en el matrimonio existe la presuncion legal de la paternidad de los esposos, respecto á los hijos que nazcan de la muger, mientras esa union subsiste: pero que fuera de matrimonio no existe una presuncion semejante; y de consiguiente, faltando el reconocimiento tácito ó expreso, no habria manera de acreditar la paternidad natural.

La paternidad no es menos misteriosa en el matrimonio que fuera de él, y si ello no es un obstáculo á que el marido tenga certeza moral de que los hijos que nazcan de su esposa le pertenecen, claro es que el misterio no escluye en este punto el convencimiento racional; y de otra suerte la indicada presuncion resultaria tambien arbitraria é intolerable.

No lo es seguramente; antes bien esa presuncion se funda en un hecho muy natural, en un motivo muy razonable: pues cuando un hombre y una muger llevan públicamente vida comun, y aquella se va llenando sucesivamente de



hijos, sin que la union se altere, ni el marido proteste contra la fidelidad de la esposa, desconociendo formalmente los hijos, nada mas fundado que suponer que son suyos.

§ 6. Algo semejante sucede en el concubinato; pues cuando la muger es única y vive en casa del hombre con quien se relaciona, como ha sucedido en el caso *sub judice*, tambien la ley 11 de Toro presumia suyos y tenia por naturales, los hijos de la concubina, aun antes del reconocimiento.

Se arguye que esa disposicion, que supone lícito y permitido el concubinato, no podria tener aplicacion, despues de haberse prohibido: no es exacta esta observacion; porque la indicada presuncion no importando un favor concedido al concubinato, no se fundaba en que estuviese tolerado; sino que se derivaba necesariamente de la fuerza misma probatoria del hecho.

Aunque así fuera, desde que hoy el concubinato no tiene pena alguna en el Código Criminal, en el cual inútilmente se buscaria una sola palabra de reprobacion para este, ó en favor de las costumbres públicas, nos hallariamos precisamente en el supuesto de la ley.

Pero no solo eran hijos naturales los que segun la ley de Toro el padre reconocia y los nacidos del concubinato, sino que como lo establece el Juez *á quo*, la antigua Jurisprudencia consideraba probada la filiacion, desde que se demostrase el comercio de un hombre con la madre, por la época de la concepcion, á menos que este á su vez justificase la infidelidad de aquella; sin que en esta parte nuestro Código haya introducido novedad alguna; pues en cuanto á la manera de acreditarse la filiacion natural, se refiere simplemente á las pruebas que el Derecho reconoce sin excluir ninguna.

§ 7. La sentencia apelada establece sin embargo lo contrario sobre este punto, y sienta que el Código Civil á pesar





de la cláusula que se encuentra en el art. 2º, tit. V, Sec. 1ª, Lib. 1º «admitiendoseles en la investigacion de la paternidad todas las pruebas que se admiten para probar los hechos y que concurran á demostrar la filiacion natural,» solo se refiere á la de posesion de estado, excluyendo absolutamente las otras.

Esta doctrina comparada con el texto explicito de la ley parece en verdad temeraria y paradógica ; pero como en su apoyo se citan varias disposiciones del mismo Código y una nota explicatoria ; aduciéndose tambien otros fundamentos jurídicos, conviene que los examinemos con la atencion que merece un asunto tan importante y trascendental.

Esas disposiciones son las contenidas en los artículos 9 y 10 del título *de los hijos naturales*, 8º del *de la legitimacion* y 13 de *la sucesion* ; mas estas citas, si no son equivocadas, resultan manifiestamente inconducentes ; pues nada contienen referente á la materia de que se trata y á la proposicion que con ellas se intenta demostrar ; veámoslo.

§ 8. Los artículos 9 y 10 *de los hijos naturales* se contraen únicamente á declarar : que el reconocimiento que de estos hagan los padres, cualquiera que sea la forma, es irrevocable ; y no admite condiciones, ni reservas ; pero que en las disposiciones de última voluntad, aunque debe tenerse por verdadero reconocimiento, el que se haga en términos enunciativos ó de frase incidente, será revocable hasta la muerte.

El art. 8º tit. *de la legitimacion* se ocupa exclusivamente del reconocimiento espreso de los hijos naturales al efecto de legitimarlos por subsiguiente matrimonio ; estableciendo que ha de ser hecho en documento auténtico, y determinando la forma ; sin decirse una sola palabra acerca del reconocimiento tácito ó sea la posesion de estado.

En fin, el artículo 13, tit. *de las sucesiones*, hablando del derecho de los hijos naturales para suceder á sus padres *ab intestato*, en defecto de ascendientes, descendientes legiti-

mos y de cónyuge, exige ciertamente que sean *legalmente reconocidos*; pero como no lo son menos por una declaracion judicial que por acto del padre, segun hemos visto, y aquella puede fundarse en toda clase de pruebas, nada hace esta disposicion en el sentido de demostrar la absoluta necesidad de la posesion de estado á falta de reconocimiento expreso por parte del padre en documento auténtico.

§ 9. En la nota al precitado artículo 2º de *los hijos naturales* se menciona ciertamente la posesion de estado, como prueba de la filiacion natural; siendo tambien la única que se menciona, y declarándosela ademas, la mejor de todas, sin exceptuarse la que se hace en escritura pública.

Esto sin embargo, por poco que se reflexione, nada prueba en el sentido de lo que se intenta demostrar.

Dicha nota no tiene por objeto determinar la clase de prueba admisible para acreditar la filiacion natural, en defecto de reconocimiento escrito y auténtico; pues esto quedaba ya resuelto en el texto mismo del artículo con sobrada claridad, y en términos que no dejan lugar á la mas ligera duda.

En ella el autor del Código lo que se proponia, era justificar su sistema en que se admite libremente la indagacion de la paternidad, contra el del Código Francés que la prohíbe absolutamente, sin admitir mas prueba de la paternidad, que el reconocimiento del padre por acto auténtico; haciendo ver la poca solidez de los fundamentos de este sistema y sus inconsecuencias.

No es cierto, como supone el Código Napoleon, que sin documento público no pueda acreditarse en juicio la paternidad; pues cuando menos podria hacerse esto por la comprobacion de la posesion de estado que á su vez importa un reconocimiento: y que si bien se reflexiona, tiene mas valor que el que se hace en documento; no debiendo por tanto ser rechazado, cuando se admite el reconocimiento escrito.





§ 10. A la afirmacion de que la paternidad no puede demostrarse sin documento, el Dr. Velez opone la prueba mas poderosa y concluyente, la posesion de estado, que efectivamente considera la mejor de todas ; sin que de aquí se pueda inferir fundadamente contra lo que expresa el texto, que por no mencionar en la nota á las demas, quiso escluir las enteramente.

Segun se ha observado en otro lugar, del hecho de estimar como la mejor de las pruebas de filiacion natural, la posesion de estado, no se sigue que sea la única que deba admitirse ; pues en ninguna parte se establece, que en justificacion de aquella, solo se admita prueba de la mejor clase ; sino al contrario, que ha de aceptarse todo género de pruebas.

De otra suerte seria necesario concluir, que debe tambien rechazarse el reconocimiento por documento auténtico, que el Código acepta espresamente ; pues el Dr. Velez á pesar de su importancia innegable, lo considera inferior á la posesion de estado, en cuanto á la fuerza probatoria y al valor que conviene atribuirle.

La Jurisprudencia Francesa, no solo es inconsecuente en cuanto admitiendo como prueba de la filiacion natural el reconocimiento en documento auténtico, desecha la posesion de estado, que no viene á ser otra cosa que un reconocimiento tácito, pero no menos eficaz para acreditarla ; sino que es tambien contradictoria, cuando considerando por una parte imposible la prueba directa de la paternidad, la permite sin embargo por otra, en el caso de rapto, sin necesidad de reconocimiento, ni expreso, ni tácito ; exigiendo solamente, que la época de la concepcion coincida con la del rapto.

¿ Qué es, pues, lo que entónces facilita y hace posible la comprobacion de la paternidad ? ¿ Será la identidad entre el raptor y el individuo á quien se atribuye la paternidad, unida á la coincidencia entre las épocas de la concepcion y del rapto ? Muy bien ; pero ¿ qué demuestran esa identidad y esta coincidencia, sino la certeza moral de la filiacion que resulta siempre del comercio bien averiguado entre un hom-



bre y una muger, que se hace embarazada en el mismo tiempo, sin que existan sospechas de infidelidad ?

Si, pues, esas circunstancias pueden resultar reunidas y suficientemente acreditadas, no solo en el rapto, sino en otros casos, como el de concubinato público y notorio; tambien en este debe permitirse la indagacion de la paternidad, considerándose prueba legal y bastante, la reunion de las indicadas circunstancias.

Sin admitirse esto, ó sin contradecirse en los principios, no se puede explicar la disposicion del Código Francés, al permitir en cualquier tiempo la indagacion de la paternidad en el caso de rapto ; porque aunque se trate de un delito, si aquella no puede averiguarse, no podrá tampoco imponerse por pena.

La razon que se dá de tal disposicion especial, consiste en que como el rapto se hace público, no hay ya necesidad de sigilo, para evitar el escándalo ; pero entonces se confiesa á las claras, que el motivo de la prohibicion de indagarse la paternidad natural en los demas casos, no consiste en la imposibilidad de demostrarse, sino en el temor del escándalo.

Pero como esta razon ha sido considerada insuficiente por el autor de nuestro Código, y desechada espresamente ; siendo hasta ridícula, cuando se trata del concubinato público y notorio, resulta que segun se declara en el art. 2º de *los hijos naturales*, debe permitirse en general, la indagacion de la paternidad ; sin exigirse por prueba, indispensablemente, el reconocimiento expreso ó tácito, que no se requiere en el caso del rapto.

§ 11. No ha debido estrañar por esto, en manera alguna al Juez *á quo*, encontrarse con que el Dr. Segovia, que, sin duda alguna, es uno de los abogados que mas han estudiado el Código Civil y comprendido mejor sus prescripciones y su sistema, lo mismo que el Dr. Paz, el Dr. Rojas y otros muchos, opinen que en defecto de reconocimiento, la filiacion



natural puede acreditarse por todo género de pruebas, pues esta doctrina es la que mas se conforma á los principios de nuestra Legislacion civil y se ajusta á sus disposiciones.

Hé aquí en efecto lo que dice el Dr. Segovia, esponiendo la disposicion del art. 2º, tit. *de los hijos naturales*, que nos ocupa. « Como: nuestro artículo á imitacion de los Códigos de Baviera y Argovia, admite para justificar el hecho oculto de la filiacion, todas las pruebas que se admiten para probar los hechos; todas las pruebas que concurran á demostrar la filiacion natural, claro es que lo que se dice en la nota sobre la posesion de estado, debe entenderse con entera subordinacion al texto de este artículo. »

« Lo que en Derecho Francés se llama posesion de estado, no es propiamente una prueba determinada, sino una presuncion legal de reconocimiento ó confesion de la paternidad legitima, que, segun los casos, es expresa, tácita ó presunta, y que á veces no es sino la fórmula de la conciencia ó conviccion del Juez. »

« Por otra parte, muchas causas pueden impedir la existencia de la posesion de estado, tales como la muerte inmediata del hijo ó de los padres; la ausencia, ignorancia, ó mala voluntad de éstos. . . . »

« Como por la naturaleza de las cosas el hecho misterioso de la paternidad no es susceptible de una prueba directa y completa, pues no existe ningun signo natural que indique cual es el padre de un hijo; nuestro Código ha sido muy sabio en admitir para la justificacion de la paternidad, toda prueba que concurra á demostrar la filiacion natural. »

« Podrá pues, esta ser demostrada con testigos y aun bastará que sean dos, si sus declaraciones subministran luz suficiente, y no hay presunciones en contrario. Podrá en fin, ser justificada por presunciones simples ó de hombre y por toda especie de prueba, que pueda legalmente formar la conviccion del Juez. » (Explicacion del Código Civil, tomo 1º, pág. 83, nota 1ª.)



§ 12. Recurre el Juez *a quo* para reforzar su doctrina tan destituida de textos legales, como de autoridades que la apoyen, sobre la absoluta necesidad de la prueba de la posesion de estado, en demostracion de la filiacion natural, á la Jurisprudencia que supone hallarse establecida al respecto en los Tribunales de la Provincia, y que segun cree ha sido recibida por los actuales.

Para demostrarla recuerda dos sentencias, en una de las cuales se declaró, que el hecho de haber mantenido un hombre relaciones con una muger que dé á luz un hijo, aunque la época de la concepcion coincida con aquellas, y no se acredite por otra parte la infidelidad de la concubina, no es suficiente prueba de la paternidad de ese individuo.

En la otra resolucion, dice haberse establecido, que no hay prueba concluyente, satisfactoria y admisible de la filiacion natural, con prescindencia del reconocimiento expreso en documento auténtico, para acreditar la filiacion natural, sino es la posesion de estado debidamente constatada.

§ 13. En ambos casos, sin embargo, se atribuye á las resoluciones que se invocan, un alcance que no tienen en realidad ; dándoseles indebidamente una interpretacion extensiva, que convertiria en doctrina general, la que los Tribunales solo admitieron en casos particulares, atendida la especialidad de sus circunstancias.

En el primero se trataba de un hijo póstumo, que se adjudicaba á un hombre septuagenario, enfermo, y cuyas relaciones con la madre de aquel habian sido infecundas por espacio de siete años ; suponiéndose sin embargo, que á su fallecimiento habia dejado embarazada á la muger con quien mantuvo esas relaciones.

Como en esta materia por su naturaleza misma, el valor de la prueba producida no puede ménos de quedar librado á la apreciacion del Juez, es claro que las circunstancias de cada caso, que en el que se acaba de mencionar, eran seguramente las mas desfavorables, han de influir poderosamente

te las mas desfavorables, han de influir poderosamente, tan pronto en el sentido de corroborarla y robustecerla, tan pronto desvirtuándola sobre manera ; sin que, de consiguiente, de la resolucion expresada, pueda deducirse fundadamente una doctrina general y bien establecida.

§ 14. No es exacto que por la resolucion recaida en la otra causa que se menciona, quedase establecido tambien en general, que la única prueba admisible de la filiacion natural, faltando el reconocimiento formal, sea la posesion de estado, sino únicamente en el caso de que la accion se dedujese despues de la muerte del padre.

Aunque es verdad que el Dr. Gonzalez, que era uno de los miembros del Tribunal que pronunció la sentencia aludida, opinó en el sentido que se expone, el Dr. Villegas fué de diverso dictamen, pues contrajo la indicada doctrina al caso solamente de haber fallecido ya el padre ; que era el de que se trataba ; y ese dictámen fué el que prevaleció, resolviendo el Tribunal de conformidad ; lo cual es fácil demostrar trayendo á la vista los antecedentes.

La esposicion del Dr. Villegas concluia en estos términos: « expresados los fundamentos de mi opinion sobre este punto, mi voto es que *si bien es permitido durante la vida del padre ocurrir á todo género de prueba*, para establecer la filiacion natural que se niegue ; despues de muerto no basta esa prueba ; y es necesario agregar á ella la posesion de estado, que importa el reconocimiento notorio hecho en vida. »

La resolucion se halla precedida de esta declaracion de los demas Vocales de la Cámara. « Los Dres. Somellera, Kier Escalada dijeron : que escusando repeticiones, se adhieren á los fundamentos y voto consignados en los anteriores, en la parte en que demuestran la necesidad de la prueba de la posesion de estado en el caso que motiva la presente cuestion, » es decir, cuando la accion de filiacion es deducida despues de la muerte del padre, pues este era el caso en que recaia la roferida resolucion.







Siendo diverso el que se resuelve por la sentencia apelada, porque dicha accion se ha deducido en vida del padre; viéndolo bien la mencionada resolucion lejos de apoyar la doctrina que aplica el Juez *á quo*, viene á serle, antes adversa que favorable, porque la decision de que muerto el padre, la posesion de estado es indispensable, para probar la filiacion natural, subministra argumento *á contrario sensu* de que no lo es, cuando como acontece en el caso *sub judice*, el padre no ha muerto, sino que vive, está presente y se defiende.

§ 15. Esta misma Jurisprudencia es la que ha prevalecido en el H. C. al discutirse el proyecto de fé de erratas y correcciones al Código Civil, que hoy se ha convertido en ley: habiendo sido precisamente el exponente, quien propuso una adiccion declaratoria en ese sentido al artículo 2º título *de los hijos naturales*; la sostuvo y la hizo triunfar.

Recorriendo la discusion habida con este motivo, la parte apelante ha demostrado en su escrito de espresion de agravios que entre los abogados que habia en la Cámara, ninguno absolutamente entendia el enunciado articulo, respecto á lo que determina sobre la prueba admisible en la filiacion natural, como referente únicamente á la posesion de estado.

Convenian todos que en vida del padre era admisible sin duda alguna, todo género de prueba, hasta la de presunciones; pero los mas querian limitar la libertad de la prueba únicamente, al caso en que la accion se dedujese en vida del padre; exigiendo de un modo indispensable, cuando hubiese fallecido, la posesion de estado, como única prueba; mientras los otros creian que nunca debia limitarse á esta, la prueba de la filiacion; y querian mantener en todo caso una completa libertad al respecto.

§ 16. Habiendo favorecido á los primeros la resolucion del Congreso, el indicado articulo quedó adicionado con la



cláusula siguiente : « No habiendo posesion de estado, este derecho ( para el reconocimiento ) solo puede ser ejercido por los hijos durante la vida de los padres ; » de donde se infiere claramente, que en vida de estos, el derecho existe y puede ejercerse por los hijos, aunque no haya posesion de estado, ni de consiguiente, les sea dable acreditarla.

Si, pues, antes de ahora, hubiese sido dudoso, que no lo era, el sentido de la disposicion contenida en el artículo 2º que nos ocupa, y hubiese podido cuestionarse al respecto con algun fundamento, eso no sucede ya, porque toda duda y toda cuestion han quedado resueltas ó han desaparecido, con la sancion legal que ha tenido lugar del mencionado proyecto, en términos tan claros y tan precisos, que no pueden serlo mas.

Y como esta interpretacion auténtica, en cuanto declara admisible en vida del padre, para justificar la filiacion natural no solo la posesion de estado, sino tambien toda otra clase de prueba, es meramente declaratoria, síguese que ella debe aplicarse aun á los casos pendientes, en conformidad á lo prevenido en el art. 4º tit. *de las leyes*, aunque no pueda decirse lo mismo, en cuanto restringe la prueba despues del fallecimiento del padre.

§ 17. El Juez *a quo* en el propósito de comprobar su tésis, que en el presente juicio, la demandante era obligada á demostrar la posesion de estado, observa : que así lo habia ofrecido en la demanda ; y recordando que la litis contestacion importa un cuasi contrato, deduce que aquella quedaba obligada por su declaracion ; y desde entonces, no podia recurrir á otra clase de prueba, que la que tenia ofrecida.

Si es verdad que en el Derecho Romano y en el de Partidas la litis contestacion importaba un cuasi-contrato, en virtud del cual el procurador en cierto modo se hacia dueño del pleito y que producía tambien otros diversos efectos legales, no lo es menos, que aquella teoría es anticuada y habia caducado ya aún bajo el dominio de la Legislacion Es-



pañola, por las últimas disposiciones Recopiladas, como lo observan los nuevos comentadores de las Partidas.

Cuando así no fuera, y se pudiera considerar subsistente todavía, la teoría del cuasi-contrato por la litis contestación, siendo evidente que los trámites esenciales de los juicios, por ser establecidos, no solo en beneficio de los particulares, sino en garantía de la recta Administración de justicia, afectan al orden público, claro es que no podrían ser alterados por convenio, porque lo concerniente al orden público no es materia de contratos ni de cuasi-contratos. (Art. 31, tít. 1º, Sec. 3ª y 10 tít. 2º, Sec. 2ª, Lib. 2º, C. C.)

§ 18. Como nadie puede adquirir derechos contra las leyes de orden público, nadie puede tampoco en perjuicio de aquel despojarse de los suyos; así es que si la promesa hecha por la demandante de comprobar su filiación, por medio de la posesión de estado, quisiera tomarse por una renuncia de las demás pruebas que la ley admite, afectando tal renuncia los trámites esenciales del juicio, en una cuestión en que se considera interesada la causa pública, cual sucede en las de filiación, sería ciertamente insubsistente é inadmisibles. (Arts. 5º, tít. 1º, Preliminar 5º, tít. 6º, Sec. 1ª, Lib. 2º C. C. y 112, inc. 6º de la Ley Orgánica.)

Tampoco puede dársele valor, en fin como reconocimiento y confesión en la demandante de su obligación para comprobar su filiación, de producir demostración de la posesión de estado; porque el reconocimiento constata simplemente las obligaciones existentes, sin producir otras nuevas; y la confesión para ser válida debe recaer sobre los hechos controvertidos y no sobre puntos de derecho. (Art. 6º, tít. 15, Sec. 1ª, Lib. 2º C. C.)

Aun versando sobre aquellos, la confesión es nula, si resulta hecha por error; y lo sería mucho más, si recayendo sobre puntos de derecho, fuese equivocada, porque la parte hubiese errado en la doctrina legal: ese error no le perjudicaría en manera alguna; desde que siendo obligación del



Juez conocer bien las leyes, debería corregirla de oficio, ateniéndose, no á la doctrina equivocada, sino á la verdaderamente legal.

Bajo cualquier aspecto pues, que se mire el ofrecimiento hecho por la actora en la demanda, de acreditar su filiacion por medio de la posesion de estado, no podria perjudicarle, aunque no lo hubiese cumplido justificando realmente dicha posesion ; supuesto que no siendo indispensable su prueba segun derecho ; por otra parte la que hubiese producido, resultara suficiente ; si bien el Juez *a quo* entendiéndolo de diverso modo, ha procedido en sentido contrario.

#### APRECIACION DE LOS HECHOS

§ 19. Como el principal fundamento de la sentencia recurrida, consiste ciertamente en la absoluta necesidad de la posesion de estado para probar la filiacion natural, á falta de un reconocimiento formal, y de las consideraciones expuestas, aquella doctrina resulta falsa, el Fiscal estima desde luego insubsistente la referida resolucion.

Daria pues, aquí por terminada su tarea en el exámen de dicha sentencia, si el Juez *a quo* no agregase en ella aunque de un modo incidental, que á pesar de que se considerase libre la prueba de la filiacion, y admisible toda especie de justificativos, no podria sin embargo, hacer la declaracion que se le pide.

Al manifestar, no obstante y sin ambages, que ni dos, ni mil testigos lo compelerian á verificarla, deja comprender desde luego y sin esfuerzo, que procede siempre dominado y fascinado por su teoría sobre la necesidad imprescindible de la posesion de estado, en el presente caso, para acreditar la filiacion natural.

Al examinar, Exmo. Señor, el mérito de los autos para sentenciarlos, empieza resumiendo la demanda y su contestacion ; sin observar acerca de esta, como importaba y debia

hacerlo, que con respecto al concubinato del demandado con la madre de la demandante, por la época de la concepcion, la contestacion habia sido de todo punto evasiva, reconociendo solamente amistad y relaciones á las cuales podia atribuir despues en el decurso del pleito, el carácter que le conviniese, segun la prueba resultante.

§ 20. En seguida recuerda el Juez *a quo*, que la prueba intentada por la demandante ha sido de dos clases, por posiciones y por testigos ; y notando que la primera no produjo resultado alguno, por haber negado el demandado todas las preguntas que se le propusieron, se contrae exclusivamente á ocuparse de la segunda.

No ha reparado el Juez, que habiendo negado el demandado bajo juramento el hecho consignado en la duodécima pregunta del interrogatorio de f. 46, ese hecho, sin embargo resulta cierto, pues se le ha probado plenamente ; ni ha tenido presente que en tal caso debia darlo por confeso en el contenido de las posiciones, el cual vendria á probar así legalmente cuanto la demandante se propuso justificar.

Tal es en efecto, el sentido de la ley 2ª, tit. 7º, libr. 4ª, R. C. que el Fiscal considera vigente, como supletoria del Código de Procedimientos, la que prevee el caso, y determina á su respecto, cuando establece que por evitar perjurios, que frecuentemente se cometen en las respuestas á las posiciones, toda vez que aquel se justificase en alguno de los litigantes, *si fuese en el actor, pierda la causa, y si fuera en el reo, sea tenido por confeso.*

No quiere decir esto, que el litigante que ha perjurado al absolver posiciones, siendo el demandado, se le tenga solo por confeso, en aquella pregunta sobre que faltó á la verdad, pues esta pena seria del todo ilusoria ; desde que el hecho á que esa pregunta se referia, se supone esclarecido ya y constatado por otros medios ; sino que se le ha de tener por confeso en todas las posiciones, pena equivalente en el



reo, á la que en igual caso impone la misma ley al actor, de perder el pleito.

§ 21. Acreditan en efecto cumplidamente en concepto del Fiscal, dichas relaciones del demandado con la madre de la demandante por la época de la concepcion; que ámbos eran entonces solteros, y que de ellas nació la reclamante; entre otros, los testigos Fulgencia Fillon, Juan Lopez, Buenaventura Peña, Simona Barda, Rufino Sanchez, Jacinta Dias de Fernandez y Doroteo Carmona.

Entre estos testigos merecen especial consideracion los dos primeros, por haber sido los padrinos del bautismo, solicitados por el mismo padre; y coadyuvan poderosamente los demas, en términos que, dejando justificados los extremos legales, nada mas se precisa, para que deba declararse al demandado, padre natural de la demandante.

Resultan tambien, sin embargo, indicaciones de que en el pueblo de Ranchos aquella era tenida generalmente por hija suya; que mientras mantenía relaciones con la madre, le mandó una gorra de criatura; despues, él mismo vió á los padrinos; mas tarde cargó en sus brazos á la niña; y ésta cuando pasaba por su casa, salía á pedirle la bendicion, llamándole tatita.

En época posterior, la socorrió diversas veces, enviándole dinero y carne; quizo llevarla consigo á casa de su esposa de la cual no ha tenido sucesion legítima; la reclamante ha usado siempre su apellido, por el cual es conocida de todos; escribia con frecuencia al demandado, y los hermanos de este le llaman sobrina.

§ 22. Se ha querido desvirtuar el valor de las declaraciones de los principales testigos, tachándolos con cualquier pretexto; pero es inútil, porque aun los tachados, producen siempre una fuerte presuncion; y se ha intentado tambien, quitar toda importancia á los hechos referidos, considerándolos aisladamente; mas esto tampoco produce el resultado





que se desea : por cuanto la importancia y el valor de aquellos hechos, no está precisamente en cada uno de ellos, que por otra parte no son negados positivamente ; sino mas bien en su conjunto.

Se dice por ejemplo, no basta el envio de una gorrita para declarar á un hombre padre natural de un niño ; pues ni aun seria suficiente el vestirlo completamente ; es verdad, pero cuando consta que ese hombre mantenía relaciones con una muger, que esta se hizo embarazada, y que en vez de ofenderse y quebrar con ella, continuó en la misma relacion, enviándole gorritas, tal hecho insignificante en sí mismo, adquiere muchísima importancia, y es harto elocuente para demostrar que aquel consideraba obra suya el embarazo.

El dinero, se dice tambien, y la carne eran bien poca cosa y muchas veces se dan por caridad : es indudable esto : pero es cierto tambien que el demandado no esplica satisfactoriamente ese espíritu de benevolencia con la hija de su concubina, que pretendia pasar y pasaba en efecto por hija suya, en opinion de los vecinos del pueblito en que vivian; y semejante conducta no puede dejar de llamar la atencion.

En el órden regular y segun las reglas mas comunes de prudencia, un hombre por generoso que fuera, se abstendria de hacer beneficios y de socorrer á una persona, desde que supiese que pretendia pasar por su hija natural ; pues por negado que fuera, no se le podria ocultar jamas que tales actos se convertirian mas tarde á favor de aquella en otras tantas pruebas de su pretension.

§ 23. ¿Y qué diremos de la esplicacion dada por uno de los hermanos del demandado, respecto á la carta que se le ha presentado, y que no ha negado ; en la cual llama su sobrina á la demandante, declarando ahora haberlo hecho por broma, en razon de que sabia se pretendia hija de su hermano ?



Que semejante explicacion es de todo punto inadmisibla, pues ofende al buen sentido ; y por lo mismo que tuviera conocimiento de que la reclamante se decia hija de su hermano, quien por la época de su nacimiento, habia mantenido notoriamente comercio con la madre, jamas le habria escrito, dándole el tratamiento de sobrina, á menos que quisiese complicar por broma á su referido hermano, en un gran pleito de los mas serios resultados.

El Juez *a quo* observa sobre este punto, que aun constando el hecho de que aquel llamaba su sobrina á la demandante, está no probaria, precisamente, siendo varios los hermanos, el que fuese hija del demandado.

Nadie ha pretendido sin embargo que fuese hija de otro de ellos ; nadie ha dicho, ni podria admitirse razonablemente, el que dos hermanos frecuentasen á un tiempo á una muger ; en fin uno de los testigos mas explícito que los demas, afirma positivamente que todos los hermanos del demandado le daban á la demandante el título de sobrina ; lo cual indica claramente que era motivado por la paternidad de aquel.

Se ha expuesto sin contradiccion de éste, y se ha probado que aquella le escribió muchas cartas ; ¿ le daba en ellas el título de padre ? ¿ se firmaba efectivamente con el nombre que lleva y bajo el cual la conoce todo el mundo ? El demandado habria podido esclarecer fácilmente estos puntos, con exhibir solamente cualquiera de aquellas cartas : no lo ha hecho ; y debe presumirse que el contenido de ellas no le era favorable.

§ 24. Veamos ahora los vicios en que incurre el Juez *á quo* en la crítica y el exámen que hace de la prueba producida para apreciar su importancia ; porque naturalmente en la cuestion de hecho todo el resultado ó el acierto depende de aquella apreciacion, en la cual el magistrado debe conducirse por las reglas del criterio legal.

Siendo las tachas materia odiosa y restrictiva, se han de





procurar limitar, y no ampliar, so pena de inutilizar con ligereza, gran número de testigos é imposibilitar la prueba: en la sentencia apelada se nota por el contrario, que se admiten muchas tachas no establecidas por la ley, ó se estieden á otras personas que aquellas, con respecto á las cuales esta las estima suficientes.

Los testigos legalmente tachados, no teniendo absoluta incapacidad, aunque desmerecen ciertamente, sus dichos no dejan de producir por esto presunciones, que reunidas á otros datos, pueden muy bien constituir plena probanza, especialmente en materia civil; mientras que la sentencia apelada parece considerar á los testigos, que declara legalmente tachados, como si no existieran.

Sin embargo de que la contestacion del demandado sobre sus relaciones con la madre de la reclamante y la época en que tuvieron lugar, fué manifestamente evasiva y con frases anfibológicas ó de doble sentido; razon por la cual debió darlo por confeso, en los términos contenidos en la demanda, no lo hace así, aunque supone que las confesó espontáneamente; lo que no es exacto; pues absolviendo posiciones, y respondiendo á la duodécima pregunta, las negó absolutamente, como las niega ahora mismo.

En fin, al analizarse los hechos sobre que versa la prueba de la demandante, se les considera aisladamente, cual si fueran de todo punto independientes, no teniendo relacion alguna entre sí; cuando segun queda observado, reunidos y formando un conjunto, adquieren mucho valor y grande importancia.

§ 25. Merecen especial exámen las tachas opuestas y admitidas en la sentencia apelada á los testigos Fulgencia Fillon, Juan Lopez, Buenaventura Peña, Simona Barda y Rufino Sanchez, por ser sin duda alguna de los principales, cuyas declaraciones son mas concluyentes.

Contra Fulgencia Fillon y Juan Lopez que fueron los padrinos en el bautismo de la reclamante, se arguye habér-



seles tomado en falsedad en la parte de sus declaraciones en que afirman, que en la partida de bautismo de aquella se consignaron los nombres de sus padres naturales; siendo que dicha partida corre en autos y en ella no se espresa tal cosa, pues al contrario se indica ser hija de padres no conocidos.

Esa esposicion aunque inexacta, no debe, ni hay motivo para suponerla maliciosa; pues nace de un error inocente, y cuya explicacion completamente satisfactoria, se deduce de un modo espontáneo, de las mismas declaraciones de los mencionados testigos; los cuales refieren conformes que en el acto del bautismo, el Cura les preguntó quienes eran los padres y que ellos se lo declararon.

Así debió ser sin duda alguna, porque la indicada pregunta en casos tales, es ciertamente de ordenanza; y no hay motivo alguno para creer, que eso no sucediera tambien en el caso á que se refieren, ó que los testigos tratándose de un concubinato notorio, no dijesen como han declarado haberlo verificado, los nombres de los padres de la niña, fruto de aquel.

Resultando esta sin embargo ilegítima, el Cura no debia consignarlos seguramente; y en efecto los suprimió: entre tanto, los padrinos que al sentar la partida de bautismo, acababan de dar los nombres de los padres, se retiraron segun resulta, en la persuasion de que se habian consignado en dicha partida.

§ 26. Se les opone igualmente como tacha, resentimiento contra el demandado; porque habiendo ocupado en otro tiempo un campo perteneciente á los padres de aquel, entrando este á administrar la estancia, se los pidió, y se los hizo desocupar. A ese propósito se observa, que aunque la antigua Legislacion exigia para justificar la tacha, la enemistad capital, hoy el Código de Procedimientos estima suficiente el mero resentimiento *por hechos conocidos*.

Es verdad, pero no se ha de inferir de esto con ligereza,



que baste la mas leve etiqueta ó el mas pequeño resentimiento, para inutilizar cualquier testigo, sospechando con injusticia de su veracidad : el resentimiento debe nacer ó se ha de manifestar por hechos importantes ; y estos son sin duda alguna á los que se refiere el citado artículo del Código de Procedimientos.

Así lo entiende y explica Carabantes, esponiendo una disposicion correlativa de la ley Española referente á la recusacion : « La enemistad á que la ley se refiere, dice, ha de presumirse que impedirá la imparcialidad en el Juez, lo que deberán apreciar los Tribunales, segun su prudente arbitrio, mas no es necesario que sea capital como sentaban nuestros autores, refiriéndose á la Legislacion anterior. Pero ha de ser manifiesta, es decir, que se haya revelado por hechos, debiendo la parte alegarlos al proponerla, para que puedan apreciarse por los Jueces. » (Procedimientos Lib. 2º, Sec. 1ª, § 7º, Nº 105, inc. 10.)

Ahora bien, el hecho de cobrar el demandado á los indicados testigos el campo que ocupaban, siendo simplemente el uso de un derecho, no importaba seguramente un agravio que pudiera originar grave enemistad, ni el haberse manifestado entonces aquellos resentidos con él, diciendo que sus padres no habrian procedido de esta manera, tiene tampoco tal importancia, que pueda hacer presumir que concibiesen y aun le guardasen rencor, despues de veinte y cinco años transcurridos desde que aquello sucedió.

§ 27. Acerca de la testigo Buenaventura Peña, menciona el Juez *a quo* ser amiga íntima de la demandante ; pero lo que ella ha declarado no es esto, sino una cosa muy diferente, á saber : que tuvo amistad íntima con su finada madre ; y si bien lo primero constituye una tacha legal, no sucede lo mismo con lo segundo, pues no debe hacerse estensiva á otras personas, mucho ménos, cuando al mismo tiempo manifestaba la declarante, ser parienta del demandado.

De ninguna suerte es tacha legal la que el Juez opone á



Simona Barda; porque resulta que cuando ocurrieron los hechos sobre que depone, solo tenia la edad de 13 ó 14 años; tratándose de un concubinato notorio, que llamaba la atencion de todo el mundo; y habiendo vivido la declarante muy vecina, no hay dificultad para admitir, que se apercibiese de lo que sucedia, pues una jóven de 14 años tiene ya suficiente edad para comprenderlo.

§ 28. No es fundada la tacha que encuentra en la declaracion de Rufino Sanchez, suponiendo haber sido sugestivas las preguntas, por cuanto podian absolverse simplemente con un *sí* ó un *no*: sin necesidad de otra explicacion alguna.

No hay duda, ántes es muy razonable, que deba atribuirse mayor importancia á la declaracion de un testigo, á quien se pregunta solamente en general, acerca de un hecho, dejando que él lo explique, espontáneamente en sus detalles, que cuando todo se determina en la pregunta y esta se puede contestar simplemente por un *sí* ó un *no*.

En realidad, sin embargo, esta circunstancia no basta por sí sola para que la pregunta pueda ser clasificada por sugestiva, miéntras no se indique, ademas, si la respuesta debe ser afirmativa ó negativa; pues el adjetivo *sugestivo* viene de sugerir, que hablando con propiedad, significa inspirar ó indicar; siendo de notarse que las leyes citadas por el Dr. Saguí, 26 tit. 16, art. 3º, y 8º tit. 6º, lib. 4º C. C., nada dicen favorable, ni suministran apoyo á la doctrina que establece al respecto la sentencia apelada.

§ 29. Contra varias personas aducidas por la demandante como sabedoras de los hechos concernientes á las relaciones del demandado con la madre de aquella y á su nacimiento, se observa la mala reputacion que tienen y la irregularidad de sus costumbres; está sin embargo, en la naturaleza misma del asunto, el que eso suceda; y á este respecto recuerda el Fiscal, que discutiéndose en el Senado Nacional,



si en todo caso debía permitirse ó no la prueba testimonial en comprobacion de la filiacion natural, sosteniendo el Doctor del Valle la afirmativa, siempre que se presentasen testigos *de perfecta honorabilidad*, el Senador por Santa Fé, Dr. Argentó, le preguntó : *¿Dónde vá á encontrar esa gente honorable?* (Discusion de erratas y correcciones al Código Civil, pág. 320.)

En fin, rechaza tambien, de todo punto el Inferior, gran número de testigos por serlo solamente de oidas, y establece que esta clase de declaraciones nada vale, y de nada sirve ; pero si bien es así generalmente hablando, la proposicion sin embargo, no es cierta en absoluto; pues en el Derecho hay casos especiales, en que los testigos de oidas hacen prueba, como cuando se trata de hechos antiguos, ó de comprobar la fama pública ; indagacion muy conducente para acreditar la posesion de estado, que consiste, se puede decir, en la comun opinion.

§ 30. El demandado ha tratado de desvirtuar la prueba producida por la demandante acerca de su filiacion, comprobando á su vez dos cosas, que á resultar bien demostradas, habrian echado ciertamente por tierra, con la indicada prueba, la pretension de aquella.

1ª Que ántes y despues de la época de las relaciones que se le atribuyen con la madre, esta tuvo siempre mala reputacion, nacida de la irregularidad de sus costumbres, y que con anterioridad á esa época habia ya dado á luz un hijo. 2ª Que desde Junio hasta Diciembre del año de la concepcion, él estuvo en esta ciudad gravemente enfermo é incapacitado por consiguiente para salir de aquí.

No ha conseguido, sin embargo, probar el nacimiento de un niño, anterior al de la demandante, ni que entónces la conducta de la madre fuese licenciosa y desfavorable su fama : no resulta tampoco que le hubiese sido infiel ; y por el contrario, se ha averiguado que despues del nacimiento de aquella, continuó viviendo en armonía con la madre,



pues llegó á tener otro hijo, que falleció á poco de haber nacido.

Ahora el que despues de abandonada por él, aquella mujer se prostituyese, no destruiria la prueba de filiacion producida por la demandante, ni la enervaria siquiera ; pues no seria extraño, y así tendria que haber sucedido, una vez lanzada en la carrera del vicio y perdida ante la sociedad ; sin que por esto tenga derecho á despreciarla, el mismo que la impulsó y la precipitó en el abismo.

§ 31. Tampoco ha justificado debidamente *la coartada*, demostrando la imposibilidad en que se encontró de haber tenido relaciones con la madre, por la época en que la reclamante debió ser concebida ; es decir, de mediados de Junio á mediados de Octubre del año cincuenta ; pues aunque suponga que se encontraba aquí enfermo desde principios de Junio hasta Diciembre, hay gran vacío en la demostracion.

No consta en primer lugar, que en todo ese tiempo la madre de la demandante permaneciese siempre en Ranchos, sin venir á esta ciudad : ni que la enfermedad fuese bastante grave para impedirle completamente ausentarse él de aquí en todo ese periodo, ni por último que su duracion fuese precisamente la que se le asigna.

Tres testigos solamente se han presentado acerca de esto : D. Francisco Madero, Don Avelino Fernandez y D. Claudio Buteler ; y si se examinan prolijamente estas declaraciones, resulta que sobre ninguno de los puntos que comprenden, están acordes y son concluyentes ; no produciendo en consecuencia plena prueba.

Sobre la gravedad de la enfermedad, los dos últimos mencionados testigos nada deponen absolutamente ; pues Fernandez dice : que no sabe, y Buteler que no recuerda si aquella fué grave ó no : únicamente Madero contesta favorablemente, no de un modo asertivo y de ciencia cierta, sino de mera creencia.

Sobre la época y la duracion de la enfermedad, la decla-



racion de este testigo es ciertamente positiva y terminante; pero no así la de Buteler que ha manifestado no poder fijar *el día, ni el mes*, dando á entender con esto que *fué corta*, pues en estas palabras, indica que no pasó de un mes, y que pudo ser de un día, mientras Fernandez por el contrario, afirma que *fué larga*, y que por Junio el demandado se hallaba enfermo.

No determinando con todo Fernandez, el mes en que empezó la enfermedad, no es concluyente su declaracion, para acreditar que el demandado estuvo enfermo, desde Junio hasta Diciembre; pues, aunque conste por ella que en Junio se hallaba enfermo, y que la enfermedad *fué larga*, pudo serlo realmente; porque hubiese empezado mucho antes, en Marzo, por ejemplo.

No deja de notarse impropiedad é inverosimilitud en que de los tres amigos que supone el demandado lo visitaron con frecuencia, en una larga y penosa enfermedad, como debia ser, para que no pudiese salir ni un solo día, ninguno de ellos sepa, sin embargo, que es lo que tenia, y ni siquiera si la enfermedad era grave ó nó.

§ 32. Se nota tambien con no ménos impropiedad, que á pesar de que todas las preguntas, porque fueron examinados estos testigos á solicitud del demandado, se encuentran redactadas en términos de poderse responder por un *sí* ó un *nó*; y aunque la sentencia apelada considera viciosas las declaraciones de los testigos examinados con tales preguntas, que clasifica de sugestivas, no repara sin embargo, en tal circunstancia para admitir como perfectamente legales, las tres indicadas declaraciones.

---

Son pues ineficaces en concepto del Fiscal, las defensas opuestas por el demandado, las cuales han caducado en la

prueba ; mientras resultan suficientemente justificados los extremos legales que fundan la accion de reconocimiento por parte de la demandante, de su filiacion natural ; y el exponente es de sentir por tanto, que esta debe declararse en justicia, revocándose la sentencia apelada.

Buenos Aires, Noviembre 4 de 1882.

---





## VISTA II

### FILIACION NATURAL

#### SUMARIO:

En los juicios debe atenderse sobre todo á la verdad y á la justicia, pues que las formas no han sido introducidas, sino para servir las, asegurando su triunfo—Exámen de los hechos concernientes á la prueba directa de la filiacion, la cual constata concluyentemente las relaciones que mediaron entre D. Federico Leloir y la señora Noguera por la época de la concepcion de la niña Maria Laura, siendo ambos viudos, y observando aquella por lo demas una conducta juiciosa—Exámen de la prueba relativa al reconocimiento tácito que Leloir hacia de su paternidad, tratando constantemente y desde que nació, á la expresada niña como hija suya—Hubo tambien reconocimiento espreso, pues existen diez testigos, delante de los cuales Leloir reconoció positivamente su paternidad—Esos testigos han sido tachados indebidamente—Exámen de las tachas que se les han opuesto—Estas deben considerarse con respecto á la dueña del pleito y no á su representante—No resulta comprobada, ni confesada como se supone, la de amistad íntima, ni son suficientes los hechos de que se pretende deducirla—No existen realmente las contradicciones que se atribuyen á los testigos—Las calidades de que surgen las tachas deben considerarse con relacion al tiempo en que los testigos son presentados—Siendo todos los testigos del demandado de la íntima relacion de su familia, sostiene que no son tachables; y se contradice al tachar por la misma causa á los de la demandante—Los testigos deben dar razon de lo que declaran; pero no tienen obligacion de acreditar su verdad—Dichos testigos no fueron tachados en tiempo y forma, y de consiguiente las tachas á sus personas serian inadmisibles—Derecho anterior al Cód Civil vigente sobre filiacion natural—El Derecho Romano, como las Partidas, permitia la indagacion de la paternidad, considerándola comprobada desde que, tratándose de una muger honesta, la época de la concepcion del hijo, coincidiese con la de las relaciones de la madre con el hombre á quien aquella se atribuia—El Fuero Real y las leyes de Toro exigieron en ciertos casos el reconocimiento: pero sin prohibir la indagacion en caso de negativa—La Legislacion Francesa, reaccionando contra las tendencias revolucionarias, prohibió absolutamente, la indagacion de la paternidad—Algunas Naciones han seguido esta legis-





lacion, pero muchas de las principales la rechazan—Fundamentos de uno y otro sistema: el uno sigue los dictados de la razon y consulta la equidad natural—El otro alega por pretestos para prohibir la indagacion de la paternidad, la imposibilidad de acreditarse y los escándalos que resultan—Falsedad, inconsecuencia y contradicciones de este sistema—Exposicion del art. 2º, tít. «De los hijos naturales»—La accion para indagar la paternidad se concede á todos, y por tanto aun á los que no hubiesen sido reconocidos, ni tuviesen posesion de estado—El Código desecha la máxima de que la madre es cierta pero el padre no—La prueba requerida de la paternidad y la maternidad es la misma; mientras que en la filiacion natural, jamás se exigió respecto de la madre, posesion de estado—El Código, no deja, como la Legislacion Francesa, al arbitrio de los padres conceder ó negar á los hijos los derechos inherentes á su calidad de tales—Siendo esto así, no debe exigirse la posesion de estado, que solo los padres pueden conceder—Sin embargo, la Jurisprudencia establecida en esta Capital, aunque fué varia, exigia ultimamente como prueba de la filiacion natural la posesion de estado: en especial esto se verificaba, cuando la accion era deducida despues del fallecimiento del padre; y esa doctrina fué consagrada por el Congreso—Dicha Jurisprudencia tomada en general era equivocada—Exposicion del punto por el Dr. Segovia—La resolucion del Congreso, aunque acertada, importaba correccion y no debe aplicarse con efecto retroactivo—Doctrina del Fiscal en el Senado—Reconoció positivamente que el Cód. Civil retrogradaba al Derecho de Partidas y al Romano, que no exigian la posesion de estado—Al manifestar que el proyecto en discusion no alteraba la Jurisprudencia del Código, se referia al sistema establecido en él, que permite la indagacion de la paternidad—La Comision que dictaminó en ese proyecto, reconocia contener modificaciones de detalle, al titularlo DE CORRECCIONES Y FE DE ERRATAS—En la discusion el Fiscal incurrió en ciertas inexactitudes, que en justicia se cree obligado á rectificar—Cuando se habla en general de la posesion de estado, es con referencia á la de los hijos legítimos—Esta se describe requiriéndose tales circunstancias, que en la práctica, nunca concurren todas; pero solo se exigen las que bastan á formar la conciencia del Juez—La posesion de estado de un hijo natural es de muy diverso carácter que la de los hijos legítimos—En aquella no es indispensable la presentacion solemne á la familia, que no toleran nuestras costumbres—La publicidad misma no debe considerarse esencial, desde que existan hechos notorios é inconcusos, que acrediten el reconocimiento tácito.

*Exma Cámara:*—El Fiscal se ha instruido con la atencion que requiere la importancia del asunto y estudiado detenidamente, los voluminosos autos que V. E. se ha servido comunicarle en vista, seguidos por D<sup>a</sup>. Concepcion Noguera en representacion de su hija D<sup>a</sup>. Maria Laura,



contra la testamentaria del finado D. Federico Leloir; que se pretende haber sido el padre natural de aquella niña, á fin de que se declare así, y se reconozcan á esta en consecuencia, los derechos que le corresponden.

Mucho se ha espuesto, Exmo. Señor, y alegado, en esta causa, en que el ingenio y erudicion forenses, han tenido ancho campo en que esplayarse, aunque á la verdad, la discusion ha versado menos sobre el fondo de la cuestion, á saber, si efectivamente la mencionada niña era hija natural de Leloir, que sobre la clase y calidad de la prueba, que el Derecho requiere para acreditarlo en juicio, á los efectos legales.

No quisiera el Fiscal reagrar la penosa tarea que impondrá á V. E. la lectura de un espediente que consta ya próximamente de ochocientas fojas, aumentándolo todavia con un largo y pesado escrito; pero la necesidad de justificar su dictámen le impone el deber de fundarlo; si bien procediendo en sentido inverso del indicado, procurará que la verdad no sea ofuscada por sutilezas; ni perezca la justicia oprimida por las formas.

En la conviccion de que estas no se han establecido en los juicios, sino al objeto de asegurar y garantir mejor el triunfo de aquella; y no considerando todo lo demás, sino como subalterno y secundario, pasa á ocuparse desde luego de lo sustancial del asunto, planteando la siguiente cuestion principal, sino única, para el Fiscal: ¿Se ha justificado de un modo satisfactorio que la niña D<sup>a</sup>. Maria Laura, era realmente hija natural de Leloir? Para resolverla con acierto, examinemos prolijamente el mérito de la prueba producida.

I

PRUEBA DIRECTA DE LA FILIACION

En 1870 encontrándose viudo D. Federico Leloir, en cuyo estado permaneció hasta su muerte, como lo reconoce



su hijo legítimo del mismo nombre, respondiendo á la 6ª pregunta del interrogatorio de f. 121, empezó á visitarla D<sup>a</sup> Concepcion Noguera, viuda ya tambien en esa época, segun los certificados de f. 15, que vivia en casa de D<sup>a</sup> Carmen y D<sup>a</sup> Pastora Ureta, y aunque al principio esta relacion parecia de pura amistad, dejó traslucir bien pronto otra clase de sentimientos de los cuales no pudieron aquellas menos de apercibirse.

Habiéndose mudado á los dos meses D<sup>a</sup> Concepcion á su casa situada en la calle Callao, Leloir continuó allí sus visitas, insistió en sus pretensiones, y por último se establecieron entre ambos relaciones amorosas, que naturalmente dieron su fruto, resultando aquella embarazada, y dando á luz el 7 de Agosto de 1870, una niña que fué bautizada con los nombres de Maria Laura.

Consta todo esto de un modo indudable, por las declaraciones de Hector G. Elia á f. 100, D<sup>a</sup> Carmen y D<sup>a</sup> Pastora Ureta de f. 126 á 128, D<sup>a</sup> Micaela Ureta de Socias f. 140, Alberto Cánepa f. 142, Estanislao Rodriguez f. 145 Urbano Barcos f. 148, Juan E. Villegas f. 149, y Aurelio Calderon de la Barca f. 154; á las cuales se agrega todavia la de la partera Maria E. de Sarrat corriente á f. 133, declaraciones que conviene analizar en sus detalles.

Las espresadas D<sup>a</sup> Carmen y D<sup>a</sup> Pastora Ureta, respondiendo al interrogatorio de f. 124, declaran de perfecta conformidad, que en 1869, D<sup>a</sup> Concepcion habitaba en su casa, donde Leloir empezó á visitarla sin mas objeto ostensible que el de reanudar una antigua relacion interrumpida, pero demostrando bien pronto otros sentimientos que los puramente amistosos, y que fueron notados no solamente por ellas, sino tambien por las demás personas relacionadas en la casa.

Que D<sup>a</sup> Concepcion se mudó á la calle Callao, y Leloir continuó visitándola, estrechando sus relaciones cada vez mas, y recibiendo sin contradiccion las bromas que se le hacian con aquella; siendo, segun D<sup>a</sup> Carmen, el resultado



de esas relaciones, el que D<sup>a</sup> Concepcion se hiciera embarazada y tuviera una niña.

D<sup>a</sup> Micaela Ureta de Socias afirma: que son ciertas y le constan las relaciones amorosas que mediaron entre D. Federico Leloir y D<sup>a</sup> Concepcion Noguera, porque la declarante visitaba en casa de ésta, y encontró allí muchas veces á Leloir.

Hector G. Elia dice: que D. Jorge Kuin, vió salir una noche á Leloir de casa de D<sup>a</sup> Concepcion; y que notándola embarazada mas tarde D. Enrique Kuin, dedujo que el autor del embarazo, no podia ser otro que aquel, razon por la cual, hablando sobre este pleito con el espresado don Enrique, manifestó al declarante que se confirmaba en las sospechas que ya tenia.

Urbano Barcos: que por haber sido el declarante inquilino de D<sup>a</sup> Concepcion en su casa situada en la calle Callao, sabe y le consta que existieron relaciones amorosas entre ella y D. Federico Leloir.

Aurelio Calderon de la Barca: que es cierto, que existieron relaciones amorosas entre Leloir y D<sup>a</sup> Concepcion lo cual le consta porque vivió puerta por medio de su casa calle Callao; y porque su cuñado Rafael Siles, le manifestó que varias veces vió salir á Leloir de casa de D<sup>a</sup> Concepcion.

Alberto Cánepa: (sirviente de la casa en esa época) que considera ciertas esas relaciones amorosas con D<sup>a</sup> Concepcion, porque las manifestaciones de Leloir con el declarante se lo indicaban.

Estanislao Rodriguez: que le constan por habérselo dicho Leloir: Juan G. Villegas: que lo sabe por habérselo oído á D<sup>a</sup> Concepcion.

Si alguna duda pudiera quedar acerca de las relaciones amorosas de Leloir con D<sup>a</sup> Concepcion por la época indicada, y cuyo resultado fué hacerse esta embarazada, y dar á la luz una niña, desaparecería de todo punto en vista de



la declaracion positiva, terminante é intachable de la partera María E. de Sarrat.

Esta en efecto, respondiendo al interrogatorio de f. 131, declara: que en su propia casa y asistida por ella, doña Concepcion Noguera dió á luz una niña el 7 de Agosto de 1870; que cuando estaba ya recojida para el parto fué á verla D. Federico Leloir, y despues de haber salido aquella de cuidado; habiéndoselo avisado por encargo suyo, vino otra vez inmediatamente á visitarla.

Casi seria escusado agregar, sino fuese por mera formalidad, desde que ni siquiera se ha puesto en duda tal circunstancia, que D<sup>a</sup> Concepcion en sus relaciones con Leloir, le guardó fidelidad; y que habiendo conseguido ocultarlas lo mismo que el embarazo y el parto, conservó integra su reputacion ante la sociedad siendo considerada como una señora honrada y circunspecta segun se deduce de las declaraciones de D<sup>a</sup> Cármen y D<sup>a</sup> Pastora Ureta de fs. 126 y 128, de Manuel Dominguez á f. 137, de D<sup>a</sup> Micaela Ureta de Socias á f. 140, de Alberto Cánepa á f. 142 de Rosa G. de Cánepa á f. 144, de Anselma San Martin á f. 156 y otras varias.

## II

### RECONOCIMIENTO TÁCITO

Vienen ahora de parte de Leloir, en corroboracion de la prueba directa de filiacion de la niña María Laura, las ternuras, las caricias, los cuidados, las recomendaciones, los gastos en el desembarazo de la madre, en la crianza y curacion de aquella, y tantas otras cosas en que se revela tácitamente la paternidad por las demostraciones propias del cariño paternal, que la sábia naturaleza ha hecho casi inevitables.

Tambien sobre este punto interesantísimo, porque importa el reconocimiento tácito de la paternidad, la prueba rendida



por la demandante suministra abundantes datos y contiene multitud de detalles, á los cuales no es posible dejar de prestar atencion, ni rehusar despues asentir á sus indicaciones ; pues producen irresistiblemente el convencimiento: veámoslo.

Obra en primer lugar la declaracion de la partera Maria E. de Sarrat que dice : haber visto á Leloir acariciar á la niña recién nacida, y que no solamente le pagó por honorario 1,500 pesos moneda corriente sino que ademas le encargó, de acuerdo con D<sup>a</sup> Concepcion, buscar alguna persona que mediante una retribucion quisiera hacerse cargo de criarla.

Ella buscó en efecto y encontró esa persona que lo fué Josefa Rodriguez de Dominguez, á la cual, convenida la pension anual de 10,000 pesos, le fué entregada la niña al dia siguiente de haber nacido, á presencia suya, por D<sup>a</sup> Concepcion y Leloir, que en este acto hizo nuevas demostraciones de cariño.

Manuel Dominguez, esposo de la finada Josefa Rodriguez, que con su consentimiento se hizo cargo de la niña, ratificando lo espuesto por la partera y en perfecta conformidad con ella, declara á f. 137 : que efectivamente, la niña fué entregada á su esposa en los términos espresados, y por encargo de Leloir al bautizarse, le pusieron los nombres de Maria Laura, que en su casa se crió tres años, durante los cuales, aquel la visitaba con frecuencia ; y no solo le pagó puntualmente la pension estipulada, sino que le dió varias veces, diversas sumas de dinero destinadas á aumentar la comodidad de dicha niña.

Que á los tres años, por exigencia del mismo Leloir, la entregó á la madre, y que despues de esto, por encargo de ella, la llevó muchas veces á visitar á Leloir, en los puntos que éste le indicaba ; en cuyas ocasiones se mostraba como un padre cariñoso, prodigándole las mas tiernas caricias.

Corroborá la exposicion de la partera Maria E. de Sarrat y de Manuel Dominguez, de haber sido entregada la niña al



dia siguiente de nacer, es decir el 8 de Agosto de 1870, á la esposa de este Josefa Rodriguez, la partida de defuncion corriente á f. 398, la cual demostrando que aquella habia perdido un niño dos meses antes, hace verosímil la referida exposicion, pues manifiesta que realmente Josefa Rodriguez, se encontraba en aptitud de lactar, cuando le fué entregada la niña Maria Laura para que la criase.

Ratifica tambien dicha exposicion la declaracion de Victoría Ubarnes á f. 150 diciendo : que Leloir le recomendaba con frecuencia á la niña, pues en aquella época era sirvienta de D<sup>a</sup> Concepcion, y que una tarde la mandó traer con la declarante, de casa de Manuel Dominguez donde la criaban.

Todavia despues que la niña D<sup>a</sup> Maria Laura, fué llevada al lado de la madre, todos sus gastos de manutencion y curacion corrieron á cargo de Leloir ; así lo declara D<sup>a</sup> Carmen Ureta á f. 126, diciendo haberlo sabido, tanto por aquel como por D<sup>a</sup> Concepcion, á quien segun parece le pasaba una pension ; y lo confirma Alberto Cánepa á f. 142, refiriendo que él solia ser el encargado de cobrar las mensualidades, las cuales eran destinadas al sostenimiento de la niña.

Deponen los mismos testigos, y lo confirman D<sup>a</sup> Pastora Ureta á f. 128, y Urbano Barcos á f. 148, que habiéndole hecho avisar un dia D<sup>a</sup> Concepcion á Leloir que la niña se encontraba enferma, aquel inmediatamente de recibir el aviso, le mandó 2,500 pesos.

Rosa G. de Cánepa, declara á f. 143, que varias veces vió á Leloir pasear con D<sup>a</sup> Concepcion, acompañados de una ama que llevaba una criatura, y que esta ama le manifestó mas tarde á la declarante que esa niña era hija de aquellos.

Juan E. Villegas, á f. 149, depone igualmente : que por el mes de Agosto de 1876, vió á Leloir con D<sup>a</sup> Concepcion, teniendo aquel una niña en los brazos. Estanislao Rodriguez á f. 145 manifiesta, que él considera actos de reconocimiento, el cariño que Leloir mostraba á la niña y el pasarle una





anualidad de 10,000 \$ segun se lo dijeron al declarante Leloir y D<sup>a</sup> Concepcion.

¿ Que más, Exmo. Señor ? A la prueba directa de la filiacion, se agrega la indirecta pero poderosa y elocuentísima del reconocimiento tácito de la paternidad, manifestado muchas veces, constantemente y de muy diversas maneras, por el finado D. Federico Leloir, en favor de la niña D<sup>a</sup> Maria Laura : ¿ Puede pretenderse mas, por quien procure sinceramente la verdad ? Si hubiera alguien tan exigente, se satisfaria sin duda completamente, con el reconocimiento expreso, que aunque no conste de documentos, ha sido hecho por Leloir con tal repeticion, y delante de tal número de testigos, que seria suficiente á echar por tierra una escritura pública ; pues que, segun Derecho, superaria su valor, pudiendo con él acreditarse la falsedad de cualquier documento.

### I I I

#### ~ RECONOCIMIENTO EXPRESO

Teme el Fiscal, Exmo. Señor, fundadamente, fatigar demasiado la atencion de V. E., pues no se le oculta de modo alguno, que cuando al instruirse de los autos, llegue al presente escrito, habrá ya leído otros muchos sumamente extensos, en que los abogados de ambas partes han manifestado gran inteligencia y vastísima erudicion, agotando las materias de que se han ocupado.

Sin embargo, el punto propuesto en concepto del exponente, es de tanta importancia, y le atribuye tanta trascendencia, que lo considera decisivo ; y se propone por lo mismo tratarlo detenidamente, transcribiendo en la parte referente, las declaraciones de los testigos concernientes á esta materia, los cuales no bajan de diez, siendo todos ellos sin escepcion alguna, personas hábiles y libres de cualquier tacha legal.

Es el primero D<sup>a</sup> Cármen Ureta que á f. 129 vta., afirma



que Leloir mas de una vez manifestó á la declarante que la niña María Laura era hija suya.

D<sup>a</sup> Pastora Ureta de Ristorini á f. 129, que Leloir confió á la declarante que era el padre de la niña Laura, habida en D<sup>a</sup> Concepcion, y que tambien reconoció la paternidad respecto de esa niña, ante D<sup>a</sup> Micaela Ureta de Socias, hermana de la declarante ; y lo sabe por habérselo dicho ésta.

D<sup>a</sup> Micaela Ureta de Socias á f. 140 ratificando lo que con referencia á ella habia dicho su hermana D<sup>a</sup> Pastora, declara que le consta que Maria Laura era fruto de las relaciones de Leloir con D<sup>a</sup> Concepcion, porque acariciando un dia la declarante á aquella niña en presencia de Leloir, como dijese que era muy linda, y que mas lo seria cuando fuese mayor, Leloir le agradeció los elogios que hacia de su hija.

Léjos de ser cierto pues, segun lo suponen el demandado y el Juez *á quo*, que D<sup>a</sup> Micaela contradiga ó desmienta la cita que de ella hacia su hermana D<sup>a</sup> Pastora, se vé por el contrario, que la confirma y corrobora en términos claros y precisos ; por mas que en su exámen de conformidad de partes se suprimiese la quinta pregunta del interrogatorio.

No es menos positiva la declaracion de la partera Maria E. de Sarraí, pues á f. 132 afirma categóricamente, que viendo Leloir á la niña recién nacida, y acariciándola, se reconoció su padre ; y que al entregarla al dia siguiente á Josefa Rodriguez, que debia criarla en presencia de su marido Manuel Dominguez, de D<sup>a</sup> Concepcion y de la declarante, hizo nuevas manifestaciones sobre la calidad de padre.

El precitado Manuel Dominguez á f. 137 declara al respecto, que mientras tuvo en su poder á la niña Laura, el finado Leloir la visitaba con frecuencia, reconociendo y confesando sin embozo que era su hija natural.

Que el declarante y su esposa Josefa Rodriguez fueron los padrinos en el bautismo de la niña, autorizados expresamente por Leloir, el cual le manifestó ademas que el momento



mas oportuno para reconocerla, sería cuando contrajera matrimonio con D<sup>a</sup> Concepcion.

Se comprende sin dificultad que en esta última manifestacion de Leloir á Dominguez como padrino de la niña, se referia al reconocimiento formal y escriturado que debe verificarse de los hijos naturales, al casarse los padres, para legitimarlos.

De consiguiente no hay contradiccion alguna, segun se pretende sin fundamento, en afirmar por una parte que Leloir se reconocia padre natural de D<sup>a</sup> Maria Laura ; y por otra que manifestaba que el momento mas oportuno para verificar el reconocimiento solemne, sería cuando se casase con la madre ; viéndolo bien, el prometer reconocer mas tarde de un modo formal, Leloir á la niña Maria Laura, ¿ no importaba confesar expresamente desde luego su paternidad ? A no ser suya la niña, entónces ¿ cómo podria mas tarde reconocerla por hija ?

Alberto Cánepa declara á f. 142, ser cierto que Leloir reconoció siempre como hija suya á la menor Maria Laura, por actos demostrativos de su paternidad ; y que recuerda que en una de las veces en que fué á cobrarle la mensualidad, enviado por D<sup>a</sup> Concepcion, aquel le preguntó por su hija.

Estanislao Rodriguez á f. 145 vta., asegura que Maria Laura fué el fruto de las relaciones amorosas entre Leloir y D<sup>a</sup> Concepcion, manifestando que le constaba por habérsele dicho el mismo Leloir.

En idénticos términos declara el testigo Urbano Barcos á f. 148, afirmando constarle que la expresada niña era hija natural de D<sup>a</sup> Concepcion y de Leloir, por habérsele dicho él mismo.

Victoria Ubarnes á f. 151 vta. dice : que siendo cocinera de D<sup>a</sup> Concepcion, fué Leloir un dia á casa de ésta, y la mandó á la declarante á traer la niñita Laura de casa de Dominguez, donde la criaban ; y que mas tarde le encargó se la cuidara mucho, diciéndole que era su hija, y que siempre que iba á la casa decia lo mismo.



En fin, Maria Anselma San Martin refiere á f. 156, que como se educara en su escuela la niña Maria Laura, habiendo encontrado á Leloir en casa de D<sup>a</sup> Concepcion, éste se la recomendó, diciéndole que era hija suya.

¡Diez personas, Exmo. Señor, que constatan evidentemente que Leloir se reconocia padre natural de la niña Maria Laura, no solo de un modo tácito, por actos demostrativos de la paternidad, sino expresa y categóricamente en diversas ocasiones y con la mayor repeticion!

¡Diez testigos exentos de tachas legales, y acordes no solo en el tiempo, lugar y personas, sino en todas y cada una de las circunstancias de los hechos, con sus mas leves detalles! declaraciones que lejos de presentarse aisladas é inverosímiles, cual se ha supuesto caprichosamente, se armonizan por el contrario perfectamente, se ajustan, se estrechan recíprocamente, y se prestan mútuo apoyo.

¡Creer ó reventar! Nunca se ha visto un complot semejante, ni es posible admitir que alguna vez tenga lugar; porque de reconocerse su posibilidad, fuera necesario suprimir desde luego, la testimonial, de entre las clases de prueba, que reconoce y acepta la Jurisprudencia.

No ha habido pues razon ninguna para desecharse, como se ha hecho sin embargo, tales declaraciones; porque el autorizarse al Juez, para estimar el valor de los testimonios segun las reglas del criterio filosófico, no importa permitirle tambien prescindir sin motivos ó por consideraciones vagas de ningun momento, de lo afirmado por gran número de testigos intachables.

De otra suerte careceríamos de reglas ciertas en materia tan importante; desaparecería en ella la garantía de los derechos, y todo quedaria librado absolutamente á la arbitrariedad del Juez; felizmente esto no es así, las reglas del criterio legal, lo son tambien del criterio racional; es la ley misma la que señala el valor relativo de las pruebas, y la que determina las tachas que pueden oponerse á los testigos, los cuales carecien-

do de ellas y llenando los demas requisitos exigidos, hacen sin duda plena prueba.

#### I V

#### EXÁMEN DE LAS TACHAS

Verdad es, que tanto el demandado, cuanto el Juez á *quo* tachan á todos los espresados testigos, por muchas y muy diversas causas; pero tambien es cierto que ninguna de estas causas es legal y suficiente, ó si lo es, considerada en sí misma, en realidad no existe con relacion á los testigos á los cuales se atribuye, siendo inexacto el hecho de que se deduce.

Así, se tacha á los testigos, D<sup>a</sup> Carmen, D<sup>a</sup> Pastora y doña Micaela Ureta, Manuel Dominguez y Maria Anselma San Martin por amigos íntimos de D<sup>a</sup> Concepcion, cuando en realidad esta circunstancia solo resulta probada respecto de la última, que la confiesa, deduciéndose en cuanto á los demas, de hechos inexactos é insuficientes para acreditarla.

Algo mas, reconociendo el demandado que todos los testigos presentados por su parte, son de íntima relacion en su familia, lejos de considerarlo una tacha, sostiene: que esta circunstancia que seria en otra clase de asuntos, un inconveniente, es en este una ventaja, por ser *condicion de idoneidad* para el acto declaratorio; mientras que á propósito de la misma calidad en los testigos contrarios, dice: que si la amistad íntima que liga á D<sup>a</sup> Concepcion con sus testigos seria por sí sola causa bastante para rechazarlos, en este caso, esa causa general tiene mucho mas alcance.

De esta suerte, segun el demandado, lo mismo que en sus testigos borra y suprime la tacha, la aviva y reagrava en los de la demandante; y la especialidad del caso que en aquellos convierte el defecto en condicion de idoneidad, hace que en estos la causa suficiente en general para rechazarlos, adquiera mayor importancia en ese sentido.





La amistad íntima con D<sup>a</sup> Concepcion de los espresados testigos, solo existe efectivamente respecto de Maria Anselma de San Martin; y ni aun en esta constituye tacha legal, desde que la dueña del pleito no es la referida D<sup>a</sup> Concepcion sino su hija D<sup>a</sup> Maria Laura, cuya representacion legal ejerce aquella únicamente.

Ahora bien, ni el demandado ni el Juez *á quo* parecen haber caido en cuenta de que la amistad íntima solo se considera para admitirse como tacha, respecto á la parte interesada en la cuestion, y no respecto á su representante, ya sea el padre, el tutor ó su procurador, pues que las tachas se han de restringir y no ampliar.

Se hace notar contradiccion en D<sup>a</sup> Cármen Ureta, y se la acusa de falsedad; porque despues de haberse titulado *rentista*, reconoció llanamente que no poseia bienes algunos; pero la misma facilidad en confesar su verdadera posicion de fortuna, está indicando á las claras que no hubo en ella malicia alguna en aceptar la clasificacion de rentista que se le hacia en el interrogatorio ó la lista de testigos que se presentó, y que probablemente no comprendió el sentido de esta palabra.

Para pensar así, el Fiscal tiene presente una célebre causa de sedicion tramitada en Córdoba, y que deben conocer algunos de los señores Camaristas, en la cual preguntado uno de los procesados, *si habia pernoctado en la granja de D. José Agustín Ferreyra*, y habiendo contestado negativamente, esto no obstante, refirió poco despues el mismo testigo, del modo mas espontáneo, y de consiguiente sin la menor malicia; que habia dormido en la quinta de D. Pepe Ferreyra.

El Juez *á quo* agrega con respecto á D<sup>a</sup> Pastora Ureta de Ristorini, que habiendo motivos para presumir amistad íntima con D<sup>a</sup> Concepcion, no ha hecho manifestacion en contrario, y que además resulta desmentida por su hermana D<sup>a</sup> Micaela, en cuanto refiere que Leloir se reconoció delante de esta, por padre natural de D<sup>a</sup> Maria Laura.



Hemos visto ya, que esto último, es de todo punto inexacto: porque D<sup>a</sup> Micaela, lejos de desmentir á D<sup>a</sup> Pastora en la cita que hace de ella, por el contrario la confirma, declarando: que efectivamente, ante ella Leloir confesó ser el padre de la espresada niña.

Respecto á lo demas que aduce el Juez *á quo* contra D<sup>a</sup> Pastora, hay mucho que observar. Las tachas no se presumen: antes bien deben probarse. Los hechos de que se pretende deducir la amistad íntima de la testigo con doña Concepcion, son insuficientes. Si se debiera considerar á esta como dueña del pleito, es inexacto ademas que doña Pastora no haya hecho manifestacion en contrario de la supuesta amistad íntima: pues habiendo declarado que no le comprenden las generales de la ley, esto importaba negar la supuesta intimidad con D<sup>a</sup> Concepcion.

Pero esta señora no es la dueña del pleito, sino solo representante legal de D<sup>a</sup> Maria Laura, á cuyo nombre se ha promovido: porque aquella carecia de acciones propias y en tal caso la amistad ó enemistad con los testigos, se ha de considerar, no con respecto á D<sup>a</sup> Concepcion, sino de D<sup>a</sup> Maria Laura, pues que no siempre alcanzan á los hijos y en el mismo grado de energia, las afecciones ó animosidades con los padres; resultando asi infundada y temeraria la indicada tacha.

Estas consideraciones son igualmente aplicables al testigo Manuel Dominguez á quien el Juez *á quo* atribuye amistad íntima con D<sup>a</sup> Concepcion, deduciéndola del hecho de todo punto insuficiente, de haber vivido en casa de aquella quince dias, sin constar siquiera que permaneciese en ella gratuitamente.

Tampoco puede deducirse de haber servido de padrino á la niña, desde que, segun resulta, no fué designado por los padres en calidad de amigo, sino por haberse hecho cargo de criarla, y con el objeto de mantener oculto el nacimiento de aquella, evitando la intervencion de muchas personas en los actos concernientes al asunto.



El art. 205 de la Ley de Procedimientos, al determinar las tachas, no toma en cuenta el parentesco espiritual: ni en fin, el hecho de haber servido de testigo en el acto del reconocimiento de D<sup>a</sup> Maria Laura por D<sup>a</sup> Concepcion, supone amistad íntima, pues para serlo no se requiere esta calidad.

El demandado tacha á los testigos Victoria Ubarnes, como sirvienta, y á Urbano Barcos como inquilino de doña Concepcion, por haberlo sido efectivamente alguna vez, aunque para que la tacha fuese admisible en conformidad al art. 191 de dicha Ley, seria necesario que lo fuesen tambien al tiempo en que declararon, lo cual no sucedia, pues uno y otro han manifestado no hallarse comprendidos en las generales.

Lo que el demandado ha observado con razon respecto á las personas de la intimidad de una casa, que á la vez son testigos indispensables en los sucesos de familia; porque fuera de los parientes, son los únicos que pueden conocerlos, es igualmente aplicable á los domésticos; y por esto el Dr. Velez, hablando de la manera que el Juez tendrá que resolver los pleitos de filiacion ilegítima y de los medios de indagacion de que podrá valerse, en la nota al art. 2<sup>o</sup>, título «De los hijos naturales» dice: «El Juez tiene que decidir el caso, por las declaraciones de testigos, *por los informes de los sirvientes*, por las pruebas comunes, pruebas iguales á las que pueden darse sobre la paternidad.»

El Juez *á quo* tacha tambien á las testigos Maria E. de Sarrat, y Maria Anselma de San Martin, como contradictorias en sus propias declaraciones, por cuanto despues de manifestar que ante ellas Leloir se confesaba expresamente padre natural de la niña Maria Laura, siendo preguntadas si sabian que éste reconociera á la mencionada niña, contestaron ambas que lo ignoraban.

Asi ha sucedido verdaderamente, sin que en realidad exista en las respuestas de las testigos la contradiccion que





se supone: porque no siendo razonable, ni acostumbrándose preguntar varias veces una misma cosa á los testigos, mucho menos inmediatamente despues de haber estos contestado categóricamente, al preguntárseles de nuevo si sabian que Leloir reconocia por hija á D<sup>a</sup> Maria Laura, acabando de decir que ante ellas se reconoció por padre, debieron dar otro alcance á la pregunta y comprendieron sin duda, que se referia al reconocimiento formal, ó bien que lo que se deseaba saber, era si Leloir en general y en todas partes reconocia por hija á dicha niña: contestando por eso, que lo ignoraban, aunque supiesen muy bien que á ellas se lo habia confesado.

En fin, el Juez *á quo* tacha tambien á los testigos Estanislao Rodriguez y Urbano Barcos, *por no expresar ninguna circunstancia tendente á demostrar la verdad de sus testimonios.*

¡Es original, Exmo. Señor, y no conocida ni oida semejante doctrina! De esta suerte es imposible escapar de alguna tacha.

El testigo tiene ciertamente el deber de decir la verdad; pero no de demostrarla; y cuando mas se le puede exigir que dé razon de sus dichos, manifestando, como lo han verificado Rodriguez y Barcos, la manera en que llegó á conocer los hechos que afirma; mas no tiene obligacion alguna de ir mas adelante en esa demostracion.

La declaracion resultará verosimil ó nó; y el Juez sin duda prestará mas fácilmente su asenso, siendo razonable que asi lo haga, á lo que se le presente como mas verosimil; pero no debe confundir lo falso con lo inverosimil, que á pesar de serlo, resulta á veces sobradamente cierto: ni es fundado clasificar de inverosimil la afirmacion de un testigo porque no demuestre la verdad con detalles y esplicaciones.

Dos observaciones mas, se hacen sobre el valor de las declaraciones de los testigos presentados por la demandante: la primera se refiere á la manera en que han sido exa-



minados, á saber: por interrogatorios redactados en forma de posiciones, en las cuales la parte que las propone afirma los hechos que pregunta.

Es indudable que en esto ha habido descuido en el abogado que ha redactado dichos interrogatorios, cuya forma asertiva resulta efectivamente irregular: pero no habiéndose hecho de contrario observacion alguna al respecto, ni reclamándose en tiempo de aquel defecto, á pesar de haber presenciado el demandado el exámen de los testigos, que habria sido la oportunidad de observar ese defecto, parece que quiso prescindir de él, y habiéndolo consentido, la objecion no es ya atendible.

La segunda observacion consiste en que declarando aquellos testigos que conocieron á Leloir, ó afirmando hechos que suponen ese conocimiento, requeridos muchos de ellos para que lo designasen, entre una coleccion de retratos que se les presentó, la mayor parte no pudo hacerlo, absteniéndose de señalarlo, ó bien designando otros diversos.

Semejante artificio no tiene, ni debe atribuirse importancia alguna legal, pues como se comprende fácilmente, el éxito de aquel reconocimiento puede depender de mil circunstancias, principalmente de la semejanza del retrato con el original y la viveza de imaginacion de los testigos.

Segun parece, el retrato que á estos se les exhibió, si realmente era de Leloir, lo cual no está probado, fué sacado doce ó quince años antes, y aquel cuando falleció, habiendo engordado, habia variado, y no conservaba la misma fisonomia.

De los testigos, algunos no habian visto á Leloir sino muy pocas veces, como Maria E. de Sarrat y Anselma de San Martin, y todos ellos hacia por lo menos tres años que no lo veian. ¿Qué extraño es, pues, el que no supiesen determinarle en una coleccion de diez y ocho retratos? A veces en estos no conocemos á nuestros propios deudos, ó porque están mal sacados, ó simplemente por falta de memoria ó de imaginacion; y solemos desconocer tambien, á los amigos si se



nos vuelven á presentar despues de mucho tiempo que no los vemos.

En resumen, Exmo. Señor, entre los testigos de la demandante no hay uno solo que siendo en realidad tachable, haya sido legalmente tachado en tiempo y forma, y cuya tacha resulte debidamente justificada; y como por otra parte aquellos son muchos, y declaran conformes sobre los hechos que afirman, resulta que estos hechos deben considerarse plenamente comprobados.

Nada hay de exacto en la inverosimilitud y contradicciones, segun se ha demostrado, que la sentencia apelada de 1ª Instancia atribuye gratuitamente á los espresados testigos, ni es cierto tampoco que resulten desmentidos por los del demandado, pues limitándose estos á decir que ignoran esos hechos, ello no equivale seguramente á negarlos, desde que un hecho de que no se tiene conocimiento, puede muy bien no obstante ser cierto.

La prueba del demandado puramente negativa, y contraria á demostrar que un pequeño número de personas de la relacion de Leloir, designadas por aquel, no han tenido conocimiento de que existiera una hija natural de dicho Leloir, y mucho menos de que este la reconociese, carece ciertamente de toda importancia.

Vale mas un solo testigo que afirme un hecho dando razon de su dicho, que mil, los cuales sin negarlo positivamente, manifiesten solo que lo ignoran; en la familia y relaciones numerosas de Leloir, pues se dice era hombre de alta posicion social, puede muy bien haber muchas personas que conociesen el hecho de que se trata, aunque lo ignoren realmente las pocas que ha elegido y presentado el demandado.

Aquí deberia, pues, terminar el exámen de la prueba producida en autos, si el Juez *á quo* en la sentencia traída ante V. E. por el recurso de apelacion, no avanzase el concepto, de que aun careciendo los testigos de la demandante de todo vicio y de toda tacha, la accion deduci-

da no resultaria procedente, porque no pudiendo justificarse la filiacion, sino por la posesion de estado, los hechos afirmados por los enunciados testigos, no alcanzan á constituir esa posesion, ni aquellos de consiguiente, la acreditan tampoco; pues con esta doctrina, trasladando la cuestion á otro terreno diverso, nos obliga á seguirlo hasta alli.



## V

### DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO

El Juez *á quo* imbuido en la nueva Jurisprudencia Francesa que prestigian y tratan de introducir algunos de los últimos espositores del Código *Napoleon*, se manifiesta radical en la materia, no admitiendo en caso alguno otra prueba de la paternidad natural desconocida, fuera del reconocimiento auténtico, que la posesion de estado.

Emplea gran parte de su sentencia en elogiar esta prueba y describirla, con todos los detalles que pueden hacerla mas completa, exigiendo, aunque se trate de filiacion ilegítima, la presentacion solemne á la sociedad y á la familia; y observando que estas circunstancias no resultan justificadas respecto á la niña D<sup>a</sup> Maria Laura, concluye que su prueba es deficiente ó inadmisible.

Ni la historia del Derecho en lo que concierne á los hijos naturales, ni su filosofía, ni el testo de la disposicion vigente entre nosotros, ó las esplicaciones en fin, con que lo acompaña su propio autor, permiten la inteligencia que le atribuye dicho Juez: siendo forzoso por tanto concluir que es equivocada.

El antiguo Derecho Romano, como el de las Partidas, y en general todas las Legislaciones Europeas de la edad media, reconociendo en el padre, la obligacion sagrada de alimentar y educar á los hijos, permitieron á estos la indagacion de la paternidad natural, acortándoles al efecto



la accion de *agnoscendo atendeque partu* como lo enseña Vinnio.

No se exijia por prueba indispensablemente, el reconocimiento espreso, ni tácito del padre: sino que la paternidad se consideraba justificada, desde que demostrado el comercio esclusivo de un hombre con la madre (concubinato), y coincidiendo este comercio con la época de la concepcion determinala por el parto, no resultasen contra aquella sospechas de infidelidad, segun puede verse en Voecio.

Aun se fué mas adelante y se pretendió tambien que si una mujer hasta entonces honesta, resultaba embarazada y denunciaba al autor del embarazo, debia ser creida sobre su palabra, *creditur virgini parturienti*, regla que proclamada por el Presidente Fabre llegó á introducirse en el Foro: pero que sin duda era sumamente peligrosa, y no tardó en ser desechada.

De nuestros Códigos, el Fuero Real prescribió el reconocimiento del padre, y la ley 11 de Toro, al clasificar los que se habian de considerar como hijos naturales, lo exigió en ciertos casos, pero sin prohibir cuando aquel lo rehusase la indagacion de la paternidad que se hallaba permitida por el Derecho de Partidas, segun se ha espuesto.

Asi, no obstante la ley de Toro y antes de empezar á regir el Código Civil del Dr. Velez, han sido frecuentes en nuestros Tribunales los pleitos de filiacion natural, y en la práctica se admitia todo género de prueba, al objeto de acreditarla.

A principios del siglo, sin embargo, la Legislacion Francesa, prohibiendo absolutamente la indagacion de la paternidad, que no permite probar sino por reconocimiento del padre, consignado en documento auténtico; y siendo seguida esta Legislacion por otros varios Códigos, produjo un cambio completo en la materia que nos ocupa.

La esplicacion histórica de este nuevo sistema, es muy conocida y aceptada por todos. La revolucion política, so-



cial y religiosa del ochenta y nueve, pretendiendo cambiar las bases del régimen existente, y proponiéndose regenerar ó disolver la familia, introdujo el divorcio, recompensó la corrupcion de las solteras y quiso borrar tambien la distincion entre hijos legítimos é ilegítimos, asimilándolos en los derechos.

Naturalmente, el desórden y la confusion se introdujeron en las familias, dejándose sentir en la sociedad el mas profundo malestar : se hizo pues, manifesta la necesidad de un cambio de sistema, y se produjo al fin la reaccion, que como sucede con frecuencia fué mas allá de lo justo, despojando á los hijos naturales de lo que les correspondia, con prohibirse absolutamente la indagacion de la paternidad: propósito que confesó Napoleon diciendo : que la sociedad no tenia interés alguno en que fuesen reconocidos los bastardos.

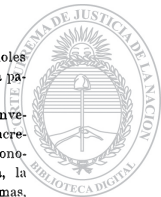
El nuevo sistema hizo su camino, siendo aceptado en los Códigos de Italia, Hesse, Holanda, Haití, Brasil, Chile, Bolivia y el Estado Oriental : pero muchas de las principales naciones, como Alemania, Austria, España, Inglaterra y Estados Unidos, permaneciendo fieles á los antiguos principios, continuaron permitiendo la indagacion de la paternidad natural.

## VI

### — FUNDAMENTOS DE LOS DOS SISTEMAS

Los fundamentos filosóficos y jurídicos de este sistema son manifestos é incontestables. Dicta la razon natural que todo el que ha dado la existencia á un nuevo ser, debe cuidar de su conservacion, todo el que causa un daño, es obligado á indemnizarlo, y es tambien un principio de moral, que cada uno es responsable de sus faltas, que debe procurar reparar.

No sería justo hacer pesar sobre la sociedad, en la cual hay padres de familia que apenas pueden llenar sus obligaciones, los resultados de las acciones ilícitas cometidas por otros ; y sería favorecer eficazmente el libertinaje, eximir á los pa-



dres de todo deber para con sus hijos naturales, acordándoles una completa garantía con prohibir la indagacion de la paternidad.

Sin embargo, para hacerlo, se dan dos motivos, la conveniencia de evitar los escándalos y la imposibilidad de acreditarse satisfactoriamente la paternidad, faltando el reconocimiento : pero por poco que se estudie en esta materia, la Legislacion Francesa que ha servido de norma á las demas, resaltan desde luego en ella, la hipocresía, la deslealtad y la inconsecuencia.

El Dr. Velez lo demuestra concluyentemente ; haciendo notar con mucha exactitud, que si se tiese el escándalo, no se permitiria indagar la maternidad con el objeto de atribuirse el hijo natural á una muger casada, como á pesar de todo, se encuentra permitido en aquella Legislacion.

Si la paternidad no pudiera acreditarse, porque no deba considerarse suficiente prueba, la coincidencia entre la union del hombre y la muger que resulta embarazada, con la época de la concepcion, no deberia tampoco atribuirse al raptor, segun se hace sin otra consideracion que aquella, el embarazo de la robada.

En fin, si se admite por prueba completa de la filiacion natural, el reconocimiento del padre en escritura auténtica, no debiera rechazarse al menos la prueba de aquella, por la posesion de estado, que no importa otra cosa que el reconocimiento tácito : y que viéndolo bien no tiene menor valor probatorio que un documento.

He aquí, Exmo. Señor, los sistemas entre los cuales, tenia que elegir el Dr. Velez, al redactar el Código Civil que se le encomendó : y conociendo como conocia perfectamente, la injusticia y vicios de este último, optó naturalmente por el primero : dados pues, estos antecedentes, no hay para que agregar, que no se debe pretender explicarlo por los autores partidarios y sostenedores del segundo.

VII

EXPOSICION LITERAL DEL ARTÍCULO 2°



Examinemos su texto « Los hijos naturales, dice el art. 2°, tit. 5°, Sec. 1ª, lib. 1º del Código, tienen accion para pedir ser reconocidos por el padre ó la madre, ó para que el Juez los declare tales, cuando los padres negasen que son hijos suyos, admitiéndoseles en la investigacion de la paternidad ó maternidad, todas las pruebas que se admiten para probar los hechos, y que concurren á demostrar la filiacion natural. »

*Los hijos naturales:* es decir, los nacidos fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepcion de aquellos, pudieran casarse, aunque fuera con dispensa: todos sin escepcion alguna, y de consiguiente, ya sea que se encuentren en posesion de su estado, ó que no la tengan, porque hubiesen sido abandonados al nacer, ya sea que los padres hubiesen cumplido alguna vez sus deberes de tales, ó que desde el principio hubiesen prescindido de ellos.

*Por el padre ó la madre, la maternidad ó la paternidad:* Como es constante el Derecho Francés, siguiendo el antiguo proverbio de que la madre es cierta, pero el padre no, mientras que permite indagar la maternidad, prohíbe averiguar la paternidad: el Dr. Velez considera á este adagio, una vulgaridad que no conduce sino á resoluciones estraviadas, y que por tanto no merece siquiera tomarse en cuenta.

La madre, observa, será cierta para la partera y demas personas que hubiesen asistido al alumbramiento: pero para el Juez es tan incierta como el padre, siendo iguales las pruebas que pueden producirse de la paternidad que de la maternidad, pues en la indagacion de esta tendria « que decidir el caso por las declaraciones de los testigos, por los informes de los sirvientes, por las pruebas comunes, pruebas iguales á las que pueden darse sobre la paternidad. »

Nótese, porque es muy importante en la materia, y puede





contribuir mucho á su esclarecimiento, que el Código al mismo tiempo que equipara absolutamente la prueba que exige de la paternidad, con la que requiere de la maternidad, declara tambien que esa prueba es la comun, testigos, presunciones, etc., etc.

¿Cómo podria conciliarse esta resolucion con la doctrina de que no es admisible en general otra prueba de la paternidad que la posesion de estado? ¿A quién se le ha ocurrido jamas, que la filiacion natural con respecto á la madre, solo pueda acreditarse por la posesion de estado? Si pues, esta prueba no es indispensable para acreditar la maternidad: y si la paternidad se demuestra del mismo modo que aquella, forzoso es concluir, que la posesion de estado tampoco es de todo punto necesaria para probar la paternidad.

*O para que el Juez los declare tales:* porque siendo sagrado el derecho de los hijos para ser reconocidos, alimentados y educados por los padres, como derivado inmediatamente de la naturaleza, y reconocido solemnemente por el Código, no podia este, ni ha querido dejarlo, segun lo hace la Legislacion Francesa, enteramente librado á la voluntad del padre, sino que debe hacerse cumplir por el Juez, á pesar de su resistencia.

En realidad no es un derecho civil, sino cuando mas un deber moral y de conciencia, aquel cuyo cumplimiento depende únicamente de la voluntad del deudor, cual sucederia con los derechos que el Código reconoce á favor de los hijos naturales, si no se les admitiera por prueba de la filiacion, otra que el reconocimiento expreso ó tácito del padre, que siendo libre para hacerlo ó no, podria muy bien rehusarlo injustamente.

*Cuando los padres negasen que son hijos suyos:* no hay pues necesidad para que proceda esta accion, de que alguna vez los padres hayan reconocido á los hijos, ni espresamente en documento auténtico, ni de un modo tácito, confiriéndoles la posesion de estado, que solo ellos pueden concederles, sin ser dado á los hijos adquirirla contra su voluntad;



cualquiera que haya sido su conducta anterior, desde el momento que nieguen ó desconozcan su calidad de padres naturales, á pesar de serlo realmente, quedan sujetos á la accion que este artículo acuerda á los hijos para hacer valer sus derechos.

*Admitiéndoseles en la investigacion de la paternidad:* el Código Argentino, como se vé en diametral oposicion al Francés, que lo prohibe de un modo absoluto, permite á los hijos naturales *investigar* libremente la paternidad : derecho que comprende sin duda alguna, mucho mas que el de probar el reconocimiento tácito por medio de la posesion de estado, lo cual cabria y deberia ser permitido, segun la dotrina de Demolombe y demás autores que lo siguen, aún dentro del sistema que prohibe la indagacion de la paternidad.

¿ Como ha de ser lo mismo prohibir, que permitir la indagacion de la paternidad? ¿ Como han de ser idénticos en realidad los resultados de estos dos sistemas opuestos? Y sin embargo, Exmo. Señor, vendrian á serlo efectivamente, si admitiéndose en el primero la prueba del reconocimiento por la posesion de estado, en el segundo se rechazasen todas las demas con escepcion de esta únicamente.

Si el acreditar la posesion de estado, segun sostienen Demolombe y su escuela, no importa sino demostrar en diversa forma el reconocimiento, sin entrar propiamente en la investigacion de la paternidad, no es solo el probar dicha posesion, lo que se permite á los hijos naturales por nuestro Código al facultarles á investigar la paternidad, sino tambien el acreditar directamente la filiacion, aunque con mayor razon, tampoco aquello, se les debe impedir, si quisiesen hacerlo.

*Las pruebas que se admiten para probar los hechos :* bien conocidas son las clases de prueba que reconoce la Jurisprudencia : las dejamos mencionadas ya, y el mismo Dr. Velez, recordándolas en la nota á este artículo, las especifica con la mayor claridad.

No tienen, pues, los hijos naturales necesidad absoluta de acreditar la posesion de estado, y demostrar así el reconoci-



miento tácito del padre, porque aunque en verdad la confesión de parte se estima en Derecho, como la mayor de las pruebas, y que hace inútiles las demas, no por eso, en defecto de ella, se escluyen las otras.

Aunque á falta de reconocimiento auténtico de la paternidad, indisputablemente la mejor prueba es la posesion de estado, que importa el reconocimiento tácito, en ninguna parte del Código se declara, sin embargo, que en esta materia solo debe admitirse la mejor clase de prueba, antes bien, en el artículo que examinamos se prescribe todo lo contrario.

*Y que concurren á demostrar:* como en la prueba directa de la filiacion, que el Código declara posible, en el hecho mismo de autorizarla, nunca se presentará una demostracion acabada y completa, porque los datos que se produzcan consistirán siempre en presunciones mas ó menos graves y vehementes, de las cuales se necesitan muchas que unidas y concordantes entre sí, produzcan la certeza moral suficiente para resolver, el artículo se vale de la palabra *concurrán*, refiriéndose sin duda á las presunciones, é indicando al mismo tiempo que han de ser numerosas y coadyuvantes entre sí; *que singula non prosunt collecta juvant.*

*La filiacion natural:* directamente y no como se espresaba el Juez á quo en el auto por el cual recibió esta causa á prueba, «*acreditando la posesion de estado*, de la cual resulte que la menor Maria Laura es hija natural de D. Federico Leloir,» en cierto modo prejudgando en la cuestion de derecho, y resolviéndola equivocadamente, contra los términos preceptivos del Código.

## VIII

### — FALLECIMIENTO DEL PADRE

Hasta aquí hemos hablado en tésis general esponiendo la doctrina contenida en el Código, tal como se publicó; mas



se pretende tambien por el demandado que el caso presente constituye una especialidad por muchas y muy diversas razones, que al resolverlo deben tenerse en cuenta.

1º Cualquiera que sea la inteligencia verdadera y el sentido genuino de la disposicion contenida en el precitado art. 2º, tít. « De los hijos naturales » acerca de la clase de prueba que se les permite producir en indagacion de la paternidad, es indudable que en los Tribunales de esta Capital prevaleció la doctrina que limitaba la espresada prueba á la posesion de estado.

2º Con arreglo á esta Jurisprudencia, y debiendo el Juez en conformidad á lo prescripto en la ley de Procedimientos que regia entonces, determinar en el auto de prueba, los puntos sobre que habia de recaer, al recibir á prueba la presente causa resolvió : que aquella deberia versar únicamente sobre los actos constitutivos de la posesion de estado, de los cuales se dedujese la filiacion natural.

Acertada ó errónea esta resolucion, no habiéndose reclamado por las partes, antes bien, habiendo sido aceptada y consentida, aquella providencia pasó en cosa juzgada : y no pudiendo por tanto ser revocada, venia á ser un antecedente el cual tenia que servir de base á la sentencia definitiva.

3º No puede ponerse en duda que la doctrina que limita á la posesion de estado, la prueba de la filiacion natural, tiene mayores fundamentos, cuando se contrae particularmente al caso en que, cual sucede en el actual, la accion para el reconocimiento de la filiacion natural, se deduce despues del fallecimiento del padre.

Entonces, de admitirse, toda clase de prueba, aun la de conjeturas y presunciones, en materia tan oscura como la de filiacion natural, son mucho mas fáciles los abusos, y mas difícil la defensa de los herederos del supuesto padre, agrades quizá de todo punto á los hechos que se esponen.

4º Para este caso principalmente se habia establecido de un modo mas firme la indicada Jurisprudencia de los Tribunales, limitativa de la prueba sobre filiacion natural, á la po-



sesion de estado, teniéndose en vista sin duda que varios de los Códigos Europeos, que permiten la indagacion de la paternidad, restringen sin embargo el ejercicio de la accion á la vida del padre.

Esta doctrina fué consagrada al fin por el H. C. Nacional en la ley de 9 de Setiembre de 1882, por la cual se adicionó el enunciado art. 2º, agregándose : que el derecho de indagar la paternidad, solo podria ser deducido por los hijos naturales, despues de la muerte del padre, si hubiesen tenido posesion de estado.

La Jurisprudencia de los Tribunales de Buenos Aires, sobre el punto que nos ocupa, en realidad ha sido varia, porque despues de admitirse al principio todo género de prueba en demostracion de la filiacion natural, se adoptó mas tarde la doctrina de Demolombe y demás autores que lo siguen, limitando efectivamente dicha prueba á la posesion de estado.

No se reflexionó que estos autores escribian con arreglo á una Legislacion, en cuyo sistema, que les servia por necesidad de base, se prohibia absolutamente la indagacion de la paternidad natural; sin que de consiguiente su doctrina pudiera servir para esponer con acierto, la disposicion de nuestro Código calcada sobre el sistema contrario que permite dicha indagacion.

No se advirtió que si el Dr. Velez citaba á Demolombe y aducia los fundamentos de su doctrina, no era porque la adoptase, ó para esplicar mejor la suya, sino únicamente para combatir el sistema de la Legislacion francesa, demostrando y haciendo resaltar sus contradicciones é inconsecuencias, como lo verifica concluyentemente aquel autor.

Esa Jurisprudencia podrá, pues, esplicar, pero no justificar la resolucion del Juez *á quo*, que limitaba en esta causa la prueba á los hechos demostrativos de la posesion de estado, cuando en realidad aquella debia ser libre, desde que el Código permitia justificar directamente la filiacion natural por todo género de prueba.



«Como nuestro artículo, dice el Dr. Segovia comentando el 2º Tit. «De los hijos naturales» á imitacion de los Códigos de Baviera y Argovia, admite para justificar el hecho oculto de la filiacion todas las praevas que se admiten para probar los hechos; todas las pruebas que concurran á demostrar la filiacion natural, claro es, que lo que se dice en la nota sobre la posesion de estado debe entenderse con entera subordinacion al texto de este artículo».

«Por otra parte, muchas causas pueden impedir la existencia de la posesion de estado, tales como la muerte inmediata del hijo ó de los padres: la demencia, ignorancia ó mala voluntad de éstos....»

«Como por la naturaleza de las cosas el hecho misterioso de la paternidad no es susceptible de una prueba directa y completa, pues no existe ningun signo natural que indique cual es el padre de un hijo; nuestro Código ha sido muy sabio en admitir para la justificacion de la paternidad, toda prueba que concurra á demostrar la filiacion natural».

«Podrá, pues, esta ser demostrada con testigos, y aun bastará que sean dos, si sus declaraciones suministran luz suficiente, y no hay presunciones en contrario. Podrá en fin ser justificada por presunciones simples ó de hombre, y por toda especie de prueba que pueda legalmente formar la conviccion del Juez». *Explicacion del Código Civil, tomo 1, nota 1ª, páig. 83.*

No cabe entonces duda de que así la resolucion del Juez *á quo* determinando los hechos á probarse, como la Jurisprudencia en que se apoyaba, eran equivocadas y nada conformes á la verdadera doctrina del Código, no pudiendo admitirse por tanto que ello no ostante, debiesen servir de base á la sentencia definitiva.

El auto en que con arreglo á la antigua Ley de Procedimientos, derogada en esta parte por inconveniente y perjudicial, se señalaban los hechos sobre que habia de recaer la prueba, no podia producir otro efecto positivo



que el de admitirse ó desecharse la que despues se presentase, segun fuese ó no conforme con aquel; porque en cuanto clasificaba la conducencia ó inconducencia de los antecedentes alegados, no debia tener sino un valor provisorio.

Si pues, el Juez instruido de los autos al pronunciar sentencia encontrase en ellos, hechos que antes no hubiese estimado conducentes, pero que en realidad fuesen decisivos; ó bien advirtiese que los que habia creído hasta entonces conducentes, no lo eran efectivamente segun Derecho, no estaba obligado en manera alguna á persistir en su error, nada le impedía seguramente el repararlo; y fuera de duda debia hacerlo así.

Muy fundadamente han limitado varios Códigos el ejercicio de la accion para reclamar los hijos naturales el reconocimiento de la filiacion á la vida del padre, porque ademas de los inconvenientes que ofrece el sistema contrario, la accion deducida recién, despues del fallecimiento de aquel, sin un motivo razonable que justifique la demora, puede aparecer sospechosa.

En el caso presente sin embargo, eso no sucedia, porque como segun resulta, la reclamante en vida de Leloir recibió una pension, y este subvenia á sus necesidades, tal circunstancia esplica suficientemente, porque no fué demandado entonces.

Aunque el padre no firme un documento de reconocimiento, mientras atienda medianamente siquiera á los hijos naturales, ni estos se animarán á violentarlo demandándolo, en la esperanza de que mas tarde llene cumplidamente sus deberes, ni la madre tampoco por ellos, recelosa de comprometer su reputacion.

Efectivamente, el H. Congreso interpretando el sentido del art. 2º, titulo «De los hijos naturales» por la precitada ley de 9 de Setiembre de 1882, lo ha adicionado; pero como por mas que algunos pensasen que eso era una simple aclaracion, otros muchos sostuvieron que en

realidad importaba una correccion; y el punto no llegó á resolverse, esta ley no es aplicable al caso *sub-judice* ocurrido con anterioridad.

La cláusula agregada: *no habiendo posesion de estado, este derecho solo puede ser ejercido por los hijos durante la vida de los padres*, segun puede observarse, sin coartar la prueba, limita solo la duracion de la accion, restringiendo su ejercicio en el caso por ella previsto; no pudiendo por tanto aplicarse sin dársele efecto retroactivo á una accion deducida antes en juicio y á un derecho ejercido ya.

En fin, aunque la reclamante D<sup>a</sup> Maria Laura, fuese obligada realmente á justificar para obtener la declaracion que solicitaba, su calidad de hija natural de D. Federico Leloir, acreditando la posesion de estado, esta resultaba suficientemente comprobada, y es injusta por tanto la sentencia que declara lo contrario.

## IX

### DOCTRINA DEL FISCAL EN EL SENADO

Antes de ocuparse de este punto el Fiscal, y aunque ello importe una digresion de la cual pide disculpa á V. E., debe hacerse cargo de varios conceptos suyos, en la discusion habida en el Senado Nacional, con motivo de la adiccion hecha al art. 2º, título «De los hijos naturales»; conceptos que se recuerdan en sus escritos por el demandado, y que el esponente necesita por lo mismo explicar y rectificar.

Ya que comprende que la justicia en esta causa asiste á la reclamante; pues que verdadera é indudablemente, la niña Maria Laura es hija natural del finado D. Federico Leloir, no quisiera que le perjudicasen sus palabras, á propósito de una discusion de diverso carácter que la presente, aun cuando pueda relacionarse con el punto que se debate.



Aunque á todos nos sea permitido mejorar y variar nuestras opiniones por medio del estudio y de la reflexion, no quisiera tampoco pasar por inconsecuente, si viéndose en la necesidad de pesar en la rigurosa balanza de la justicia, frases é ideas proferidas libremente en el calor del debate, cuando se trataba de legislar, procediendo ahora con diverso criterio, tuviese algo que rectificar.

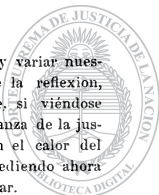
El método de interpretar las leyes por los antecedentes recojidos en la discusion habida en las Cámaras, al sancionarse aquellas, ha perdido toda importancia, desde que se ha observado la manera en que por lo regular esto tiene lugar; siendo pocos relativamente los Diputados, que tomando parte en ella, manifiestan los motivos de sus opiniones, y muchos mas los que votando en silencio, aunque lo verifiquen quizá en el mismo sentido, proceden por razones muy diversas.

La Comision del Senado que dictaminó en el proyecto á que pertenece la adicion de que se trata, y de la cual formaba parte el esponente, rindiendo homenaje á la verdad, al espedirse en aquel proyecto, lo tituló *exprofeso de correcciones y fe de erratas* al Código Civil.

Sin embargo atacada duramente en la discusion bajo el aspecto, de que segun se decia aunque con inexactitud, desnaturalizaba y pervertia el proyecto primitivo, sostuvo que en el suyo no habian innovaciones que cambiasen sustancialmente, las doctrinas jurídicas consagradas en el Código.

A propósito de la adicion indicada al art. 2º, título «De los hijos naturales, es verdad que el esponente manifestó ser una mera aclaracion que no importaba reforma, puesto que no introducía principio alguno nuevo, ni cambiaba la doctrina.

Se referia, Exmo. Señor, á la Jurisprudencia ó al sistema del Código en cuanto permitia contra las teorías Francesas, la indagacion de la paternidad natural, lo cual quedaba siempre permitido, sin negar por esto que en



la aclaracion aconsejada hubiese alguna correccion de detalle.

Ni podia ser de otro modo; porque tendiendo manifiestamente, la adicion propuesta á limitar en el caso previsto, la indagacion de la paternidad, exigiéndose la posesion de estado, el esponente reconocia segun puede verse, que aun cuando el Código no hubiese resuelto especialmente, el de haber fallecido el padre sin intentarse contra él reclamo sobre filiacion, en general permitia acreditarla por toda clase de prueba.

Esponiendo el sentido del precitado art. 2º, decia «El autor del Código Civil Argentino, Dr. Velez, desde luego desechó la doctrina del Derecho Frances, que prohíbe absolutamente la indagacion de la paternidad; pues él, por el contrario, la permite.»

«Exige, es verdad, el reconocimiento del padre, para hacer disfrutar al hijo natural de los derechos consiguientes, por ejemplo, el de legitimacion, ó el derecho á la sucesion; pero no deja dependiendo el reconocimiento solamente de la voluntad del padre; sino que en caso de negarse este á verificarlo, le dá accion al hijo para exigirlo por medio del Juez, y le permite alegar en comprobacion de la filiacion la posesion de estado.»

«Hay mas, en mi concepto, agregaba, retrogradando al Derecho de Partidas, y al Derecho Romano, ni siquiera esto requiere indispensablemente, antes bien, le permite tambien aducir todo género de pruebas.» (*Discusion de las correcciones y fe de erratas al Código Civil*, pág. 288.)

Es cierto que haciendo notar que sin la posesion de estado, todas las pruebas que pudieran aducirse de la filiacion, no pasarian de conjeturas y presunciones, prueba falible y peligrosa, especialmente despues de la muerte del padre, sostenia que debia limitarse en este caso, la libertad de aducir todo género de prueba, reduciéndose á la posesion de estado; pero esta observacion era tendente á hacer ver lo que convenia establecer, y no á esplicar lo que se hallaba establecido.



Espuso con alguna ligereza, es cierto, que cuando no se admitia la prueba por dos testigos, segun las disposiciones vigentes, tratándose de un valor superior á doscientos pesos fuertes, seria inconveniente y contradictorio, el aceptar esta misma prueba por bastante, para probar la filiacion natural de la cual dependeria á la vez una cuantiosa fortuna.

Dijo mal, Exmo. Señor, y se apresura á rectificar esta doctrina, reconociendo sin dificultad, despues de reflexionar mejor, la verdad de la doctrina opuesta, sostenida por el Dr. Segovia : en la rapidez del discurso no advirtió la diferencia que existe, y la distincion que debe hacerse, entre la prueba preconstituída en las convenciones, y la que tiene que aceptarse por necesidad respecto á otros hechos obligatorios.

Discurriendo en sentido contrario y con mas exactitud, podria observarse que si por el Derecho vigente, bastan dos testigos conformes de ciencia cierta y mayores de toda excepcion para imponerse pena capital, resolviéndose sobre la vida, con mayor razon deben considerarse suficientes, para decidir sobre el patrimonio, por cuantioso que se le suponga.

Alegó, en fin, que la confesion judicial no era estimada en Derecho, sino como prueba imperfecta ó semiplena : esto es exacto en regla general, mas no se referia á la confesion extrajudicial, que se hace en presencia del interesado, con expresion de la causa de la obligacion, y que puede probarse por dos testigos ; pues entonces la confesion, aunque sea extrajudicial, se considera prueba completa.

Hablaba de la confesion extrajudicial simple ó comun, y no de la reiterada en diversas ocasiones, y ante muchas personas (*geminata*) que en estas condiciones tiene mucha mayor fuerza probatoria segun la comun opinion de los autores. ( Murillo, Curso de Derecho, tomo 2º, pág. 275, número 135. Gomez, Varias Resoluciones, tomo 2º, cap. 11, Nº 6. Curia Filípica, Part. 1ª, § 17, Nº 6. )

Mucho menos comprendia, en fin, á la confesion extra-

judicial de la paternidad verificada tácita y espresamente, y reiterada constantemente, delante de toda especie de personas, por muchos y muy diversos actos demostrativos de aquella calidad: porque esta especie de confesion, como la de Leloir en favor de su hija Laura, se confunde absolutamente con la posesion de estado, y constituye la prueba mas perfecta.

## X

### POSESION DE ESTADO EN LA FILIACION NATURAL

Mas aunque á veces la confesion extrajudicial, se confunda con la posesion de estado en las cuestiones de filiacion: como eso no sucede sino bajo las condiciones espresadas que necesariamente le dan un inmenso valor reconocido por todos, esto hace que con respecto á ella, no tenga, ni pueda tener aplicacion alguna la disposicion del art. 138 de la Ley de Procedimientos, que solo permite probar por testigos la confesion extrajudicial, cuando mediase un principio de prueba por escrito.

Apenas hay autor que proponiéndose definir la posesion de estado, no la describa por un conjunto tal de detalles, que en la práctica la harian imposible de acreditarse, pues rara vez ó nunca, se encontrarán reunidos todos, si al mismo tiempo no manifestasen, que ninguno de estos detalles en particular, debe considerarse esencial, ni se han de exigir, sino en cuanto basten á demostrar, que el padre reconocia, consideraba y trataba como hija á una persona, haciéndole formar al Juez una conciencia segura al respecto.

Si pues, solo se requieren para la prueba, las condiciones características de la posesion de estado, en cuanto alcancen á demostrar el reconocimiento constante del padre, aunque no consignado en documento, permitiéndole al Juez formar una conciencia segura, conceptuamos acertada, y creemos que podemos servirnos con provecho de la definicion del Dr. Segovia, sobre la posesion de estado.





«Lo que en Derecho Francés, dice, se llama posesion de estado, no es propiamente una prueba determinada, sino una presuncion legal de reconocimiento ó confesion de la paternidad legitima, que segun los casos, es espresa, tácita ó presunta, y que á veces, no es sino la fórmula de la conciencia ó conviccion del Juez» *Explicacion del Código Civil*, tom. 1º, nota 1ª, pág. 83.

Hagamos ahora, aplicacion de estos principios al caso *sub-judice*: pero antes conviene observar que aun en el supuesto de que la reclamante fuese obligada realmente á justificar la posesion de estado, no por eso resultaria inconducente é inútil la prueba directa de su filiacion que ha producido, por ser materias bastante conexas.

En la prueba de la posesion de estado se mencionan con frecuencia ciertos actos como el cariño, los cuidados, las dádivas, que considerados en si mismos, pueden tener un carácter ambiguo, y ser susceptibles de diversas apreciaciones; pero cuando por otra parte se acredita que tales actos recaian en una persona, que quien los practicaba debia con bastante fundamento reputar hija suya, asumen entonces ciertamente, una significacion mas definida.

Así pues, constatadas, como lo han sido las relaciones que mediaron entre Leloir y Dª Concepcion, por la época en que esta se hizo embarazada de la niña Dª María Laura; y pareciendo tambien que su conducta por lo demás era circunspecta, no admitiendo otras visitas, ni dando lugar á crítica, no es de extrañarse que en el alumbramiento Leloir se tomara los ciudadanos consiguientes, á quien se consideraba autor del embarazo.

Es muy natural tambien que, segun se refiere, acariciase á la niña de recién nacida, pagase á la partera, buscase quien criase á aquella, abonando una pension á la que se encargó de esto, y haciéndole además donativos extraordinarios; que despues atendiese á Dª María Laura en sus enfermedades, y tomase sobre si todos los gastos viéndola con frecuencia, y recomendándola á varias personas.



Esta es la posesion de estado, Exmo. Señor, pues todos esos actos demostrativos del afecto paternal, mucho mas si se reunen á los antecedentes de que se ha hecho mencion, revelan á las claras la paternidad, sin permitir dudas de ningun género aunque se prescindiese de la confesion espresa de Leloir.

Pero existe tambien efectivamente el reconocimiento constante y espreso de Leloir; reiterado en muchas ocasiones diversas, ante un número considerable de testigos, pues solo los que han declarado y lo afirman no bajan de diez; y con esto la prueba se eleva á un grado tal, que produce irresistiblemente el convencimiento, y que muy rara vez podrá presentarse igual en casos semejantes.

Por lo demás, nada hay de inverosímil en que las personas de la intimidad de Leloir, y aun las de su familia, aunque estas no hayan declarado, hubiesen ignorado la existencia de una niña, hija natural de aquel, mientras la conocian personas estrañas con quienes se franqueaba.

Por lo mismo que Leloir era hombre circunspecto y pundonoroso, segun se le describe, debia serle penoso reconocer su falta ante sus iguales y sus deudos, que se considerarian con derecho para enrostrársela; y de quienes mas se cuidaria de ocultarla, por esta causa, seria de ellos precisamente; no de sus inferiores, y mucho menos de las personas que conociendo sus relaciones con D<sup>a</sup> Concepcion, se hallaban en antecedentes.

Cuando un hombre,—observaba por esto con mucha exactitud el señor Senador del Valle, en la mencionada discusion,—comete una falta de esta clase ó incide en una debilidad semejante, por lo regular no la publica, ni se jacta de ella: antes bien, la oculta con cuidado, especialmente á los deudos ó personas de la familia, que por tal razon la ignoran las mas veces.

Así sucede en realidad, Exmo. Señor, y en tal virtud no es razonable, ni fundado exigir en la filiacion natural, como circunstancia esencial á la posesion de estado, la mas com-



pleta publicidad por la presentacion solemne del hijo á la sociedad y á la familia, que no toleran nuestras costumbres y muy raras veces tendrá lugar.

Los autores por lo comun definen la posesion de estado con relacion, no á la filiacion natural, sino á la legitima, única clase de posesion de estado, de que se ocupa el Código Francés ; no hay que confundirlas sin embargo, pues siendo muy diversa la condicion del hijo natural que la de los legítimos, su tratamiento y aun la posesion de estado, no pueden tener los mismos caracteres de solemnidad y publicidad.

Supongamos, Exmo. Señor, que en un pleito de filiacion se demuestre evidentemente, pues es muy posible que así hubiese sucedido en realidad, que un hombre mientras en privado se reconocia y confesaba constantemente, por los actos mas manifestos, padre natural de una persona, sin embargo, en público y en la familia procuraba ocultarlo.

¿ Dejaría por esto de declararse judicialmente la filiacion ? ¿ Dejaría de formar el Juez conciencia segura de la verdad del hecho ? ¿ Y para qué se exige como prueba de la filiacion natural, la posesion de estado, sino para que los magistrados puedan formar esa conciencia ? Obtenido esto, nada mas se necesita.

Así pues, cuando al tratarse de posesion de estado respecto á la filiacion natural, se habla de publicidad y de notoriedad en los actos, en contraposicion á las presunciones y conjeturas que pueden revelar hechos oscuros, lo que se pide son actos manifestos y patentes que sin tergiversacion alguna, ni ambigüedad posible, persuadan el reconocimiento que hacia el padre de su paternidad.

Tal sucede, Exmo. Señor, en concepto del Fiscal, con los que se han aducido y acreditado en apoyo de la prueba directa de la filiacion, segun resulta de autos ; que se han mencionado y determinan la conducta observada por el finado Leloir para con la reclamante ; ellos demuestran claramente que se consideraba su padre.

En esta virtud, es de opinión de que en justicia debe revocarse la sentencia apelada, declarándose á la niña doña Maria Laura hija natural de D<sup>a</sup> Concepcion Noguera que la tiene reconocida formalmente y del finado D. Federico Leloir.

Buenos Aires, Junio 4 de 1883.

---





## VISTA III

### FILIACION NATURAL Y LEGITIMACION

#### SUMARIO :

Antecedentes del asunto—Hechos que revelan el concubinato en que vivieron los padres de la reclamante, siendo ambos solteros—Habitando muchos años en la misma casa, tales relaciones fueron bien conocidas en ambas familias—Trascendieron tambien á los amigos y vecinos; y llegando por último á los Tribunales, se hicieron públicas y notorias—Puede decirse que constan oficialmente, pues se comprueban tambien por informe del Cura, que en desempeño de sus funciones, amonestó á los concubenarios, para que hiciesen cesar el escándalo—Estaba en el orden natural que estas relaciones diesen su fruto; y en efecto lo tuvieron en la niña Valentina Carolina, que provino de ellas—Error en la interpretacion de los datos estadísticos con que se pretende demostrar que la mayor parte de los matrimonios son estériles—El reconocimiento de la madre, aceptado por la niña, comprueba de por sí ser hija suya, mientras no se demuestre lo contrario.—Además el nacimiento de la expresada niña se acredita por muchos testigos, entre ellos, tres, que pueden llamarse presenciales.—La prueba producida por la demandada en parte es negativa, y en lo demás admite una explicacion muy natural y muy verosímil que la desvirtúa enteramente—El concubinato, siendo una sola la muger y viviendo en la casa, á semejanza del matrimonio, producía la presuncion de paternidad—Posesion de estado de que ha gozado la reclamante en casa de sus padres—Prueba producida al respecto, y los diversos actos que la acreditan—El matrimonio *in extremis* tiene su explicacion en los antecedentes que se han mencionado—Se plantea la cuestion de Derecho sobre la inteligencia del artículo 317 del Código Civil—¿Si la declaracion judicial de la filiacion natural, solicitada dentro de los dos meses subsiguientes al matrimonio de los padres, celebrado sin haber reconocido al hijo, produzca su legitimacion?—Antecedentes legislativos que deben tenerse presentes—La legitimacion por el casamiento de los padres, respecto á los hijos habidos antes, ha sido introducida en favor del matrimonio y por consideraciones de orden público, verificándose de pleno derecho (*ipso jure*)—La necesidad del reconocimiento de los hijos naturales para legitimarlos por el matrimonio, en el Derecho Francés, viene





de que prohibiéndose la indagacion de la paternidad, no hay otro medio de comprobarla que aquí; lo que no sucede en el nuestro—En los casos en que escepcionalmente se permite dicha indagacion, el reconocimiento forzado anterior al matrimonio, se equipara al voluntario para todos los efectos legales; y produce tambien la legitimacion—Como nuestro Código concede dos meses para el reconocimiento voluntario, la declaracion judicial solicitada dentro de este término, debe equipararse así mismo con aquí, y producir idénticos efectos—No siendo libres los padres para reconocer ó dejar de reconocer á los hijos naturales, como lo son por la Legislacion Francesa, la limitacion del plazo señalado para el reconocimiento que deben hacer á los efectos de la legitimacion, se refiere solamente al derecho de aquellos, y no al de los hijos, que pueden hacer valer los suyos en cualquier tiempo.

*Exma. Cámara:*—El Fiscal se ha instruido por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, de los autos seguidos por D<sup>a</sup> Victoria Buceta de Eizaguirre á nombre la menor Valentida Carolina, contra D<sup>a</sup> Maria Ignacia Eizaguirre de Urquizo, para que se reconozca á la mencionada niña por hija natural suya y de su finado esposo D. José Ignacio Eizaguirre habida por ambos antes de casarse; y se le declare en consecuencia, legitimada por el matrimonio celebrado *in extremis*.

Despues de meditar el asunto y de estudiar la cuestion, como lo requerian su importancia y las dificultades que entraña; mucho mas tratándose de un caso nuevo en la aplicacion del Código vigente; y cuya resolucion servirá por lo mismo, de norma en lo sucesivo, debe manifestar á V. E. que encuentra acertada la resolucion recaida en 1<sup>a</sup> Instancia; siendo de parecer por tanto que debe confirmarse.

La referida sentencia, Exmo. Señor, es un documento jurídico de primer órden, en el cual se hacen notar á un mismo tiempo, la mas exacta relacion de los hechos, una sagaz y atinada apreciacion de estos y la mas erudita aplicacion del Derecho sabiamente deducido y espuesto por los principios legales de la materia concertados con las disposiciones contenidas en el Código Civil que nos rige.



El Fiscal reconoce que con la exposicion de la sentencia apelada y los largos alegatos que antes y despues de ella han tenido lugar, la discusion se encuentra de todo punto agotada: asi es que al emprender la tarea de fundar su dictamen, sin esperanza de llevar mayor luz al debate, lo verifica solamente para demostrar que ha cumplido su deber, haciéndose cargo detenidamente del asunto y formando su juicio con el estudio y reflexion convenientes.

Pasando pues, á indicar los antecedentes de que lo deduce, y los racionios que á él lo han conducido, empiezo por manifestar que en su concepto la materia de la discusion puede resumirse en estos puntos: 1º El concubinato de D. José Ignacio Eizaguirre y D<sup>a</sup> Victoria Buceta. 2º El nacimiento de una hija, Valentina Carolina. 3º El reconocimiento de hecho, ó sea la posesion de estado. 4º El casamiento de los padres y la legitimacion de aquella.

#### EL CONCUBINATO

Este punto, Exmo. Señor, es importantísimo en la cuestion; pues á él se subordinan los demas, desde que en este tienen su arranque y se encuentran tan íntimamente ligados, que como lo observa muy bien el Juez *á quo*, demostrado aquel, los otros surgen naturalmente, y se presentan de suyo muy verosímiles, en términos que poco esfuerzo se necesita para persuadirse cualquiera de su verdad.

Bien pues, ese hecho es el mas comprobado, habiéndose llevado su demostracion tan adelante, que es imposible leer los autos con el ánimo desprevenido y con espíritu de imparcialidad, sin que se produzca inevitablemente el convencimiento. ¡Tan numerosos, tan elocuentes y tan acordes son los datos que lo justifican!

Poco antes de 1870 la familia Buceta á la cual pertenecía D<sup>a</sup> Victoria entonces joven soltera de veinte y tan-



tos años, se encontraba al parecer completamente arruinada, viéndose por esto en la dura necesidad de vender, como lo hizo su casa habitacion, calle Santiago del Estero núm. 839, la cual compró el finado D. José Ignacio Eizaguirre, á la sazón viudo de D<sup>a</sup> Cármen Español y hombre de cerca de cincuenta años.

El comprador le permitió, sin duda de lástima á la familia Buceta continuar habitando dicha casa, mediante el pago de una pension módica, pero que aquella no podia seguramente satisfacer sin dificultad; pues D<sup>a</sup> Victoria para ayudar á los gastos, soltera y jóven como era, se veia precisada á atender una escuela, que bien poco ó nada debía producirle.

Mas tarde, en el indicado año de 1870, Eizaguirre vino á vivir tambien en la misma casa junto con la familia Buceta; y trató entonces de inmediato á D<sup>a</sup> Victoria, acabando por prendarse de ella y por solicitarla: dada la respectiva posicion del uno y de la otra, aquel teniendo en su mano el privar á toda la familia de sus escasos recursos para sostenerse, esta comprendiéndolo y reflexionando que se encontraba á su merced, debió ejercer por cierto un poderoso ascendiente.

La miseria, Exmo. Señor, es mas dura que la muerte; y una constante esperiencia nos demuestra que el poder sobre los medios de subsistencia de una persona, es el poder sobre la persona misma: dificilmente el pobre puede proceder con independencian, y con mas dificultad aun, puede esperarse que sacrifique hasta los últimos recursos al cumplimiento austero del deber.

Era pues muy verosímil que D<sup>a</sup> Victoria sucumbiese á las pretensiones y exigencias de Eizaguirre; mucho mas cuando encontrándose este soltero, su amistad le dejaba entrever, ya que no le asegurase, un porvenir halagüeño; y así sucedió en efecto; porque desde esa época hasta el fallecimiento de aquel entraron en relaciones amorosas.

Esto se revela de todas maneras y se trasluce del mo-



do mas claro por los hechos que comprende el mérito de los autos. Desde entonces, y por mas que pretendiese al principio desconocerlo la demandada, Eizaguirre fijó su domicilio de esta ciudad permanentemente en la indicada casa; declarándolo repetidas veces en escrituras públicas y conservándolo hasta su muerte.

Desde ese tiempo no solamente cese la pension de la casa impuesta al principio á la familia Buceta, sino que Eizaguirre entra á vivir en comun con ella, costearlo los gastos, comiendo juntos y declarando en fin por confesion de D<sup>a</sup> María Ignacia, que en su ausencia, D. Valentin Buceta y su esposa D<sup>a</sup> Carlota eran los dueños de la casa y debian ser considerados como tales.

Doña Victoria, sin que aparezca haber adquirido recursos propios ni establecido un modo de vivir equivalente, abandona la escuela, atendida seguramente á lo que le suministraba Eizaguirre para atender á sus propias necesidades y á las de la familia.

Se observa tambien que empieza á tomar una intervencion directa en los negocios de aquel, cobrando los alquileres, firmando á los inquilinos los recibos de las piezas que ocupaban, y aun alquilando algunas por si, sin que estos actos ocasionaran dificultad alguna, ni produjesen reclamacion por parte del dueño.

Relaciones de la clase de las que mantenía Eizaguirre con D<sup>a</sup> Victoria no pueden permanecer ocultas si duran mucho tiempo, especialmente viviendo los concubenarios en una misma casa; tanto menos, cuanto que la costumbre y el hábito acabando por adormecer la conciencia, y por presentar como inocentes los actos mas culpables, hacen que aquellos por último no se recaten, ni traten ya de ocultar lo que al principio encubrian.

Tales relaciones en las condiciones espresadas tienen pues que trascender necesariamente á la familia, á los vecinos y en fin al público, habiendo acontecido todo puntualmente así, de esta maucra en el caso que nos ocupa; segun lo



revelan y constatan los autos; y por mas que lo haya negado la familia Eizaguirre, resulta que tenia conocimiento del hecho.

Respecto á D<sup>a</sup> Maria Ignacia, declara el testigo Miguel Indarte, que hablando con ella del casamiento de su padre, le manifestó, que: *que para vivir como vivia*, habria sido mejor que se hubiera casado diez años antes; y Juan E. Laborde refiere tambien, haberle dicho D. José Ignacio, que se hallaba disgustado con su mencionada hija, por intereses y por *sus relaciones con D<sup>a</sup> Victoria*.

En efecto, la misma D<sup>a</sup> Maria Ignacia absolviendo posiciones, á pregunta que el Juez de 1<sup>a</sup> Instancia le dirigió de oficio, confiesa que en los diez últimos años de la vida de su padre, jamas puso sus pies en la casa que este habitaba; lo cual no puede esplicarse razonablemente, sino por un sentimiento de delicadeza nacido de la repugnancia que le inspiraba, y que debía inspirarle el concubinato.

Respecto á D. Juan José, hermano del finado, declara el testigo Vicente H. Piñero, que él y sus hijos dijeron á Benito Almiron que aquel vivia con D<sup>a</sup> Victoria. Don Francisco Cámara, que D. Juan José sabia del concubinato y del nacimiento de la niña; pues por medio suyo recibió un menage del finado, de que no dejase vencer el término sin declarar en su pleito, pues ya conocia el compromiso en que estaba de casarse con D<sup>a</sup> Victoria y cristianar á la niña. En fin, Máximo Garay afirma, que en presencia de D. Juan José, el finado Eizaguirre le manifestó que la niña Valentina Carolina era hija suya.

El mismo D. Juan José confiesa: que acostumbraba obsequiar esta niña llevándole dulces y juguetes, y que en los días que pasó en casa de su hermano, vió que este comia junto con D<sup>a</sup> Victoria y su familia: en fin, que al darle parte D<sup>a</sup> Victoria de su casamiento, él le preguntó inmediatamente cuántos hijos tenían.

Como esto sucedia al dia siguiente del casamiento, se-

mejante pregunta revela á las claras no solo que tenia conocimiento del anterior concubinato, sino tambien de que este habia producido sucesion, dándola por supuesta, pues de otra manera aquella pregunta habria sido tan absurda como brutal.

Eso mismo sucede con D. Ignacio: ya hemos visto que segun el testigo Piñero, le dijo á Benito Almiron que su finado tio vivia con D<sup>a</sup> Victoria: esto se lo refirió tambien al médico que lo asistia en la última enfermedad, doctor Casal; y Anastasio Pascualli depone ademas, que conversando un dia el finado con su mencionado sobrino don Ignacio, le decia: que D<sup>a</sup> Victoria no tenia mas hijo que la niña Valentina Carolina.

El precitado D. Ignacio repreguntando á la testigo Griselda Silva, confiesa que mientras esta le daba mate, la madre de D<sup>a</sup> Victoria le hizo saber que su tio acababa de casarse con esta; y que al oir eso, él le preguntó en el acto cuántos hijos tenian. ¿Como negar entónces que conocia el concubinato? Sin esto ¿que explicacion tendria tan orijinal y tan estraña pregunta?

El médico D. Luis fué llamado tres veces para asistir en su parto á D<sup>a</sup> Victoria, cuyas relaciones con su tio comunicó á Benito Almiron; curó á la niña Valentina Carolina del sarampion, y segun parece, ha comido varias veces junto con dicho su tio, D<sup>a</sup> Victoria y la demas familia. ¿Como admitir pues que ignorase enteramente lo que sucedia?

Tenemos asi, que toda la familia Eizaguirre, por mas que lo haya negado, conocia muy bien el concubinato de D. José Ignacio con D<sup>a</sup> Victoria; y tenia igualmente, noticia de la existencia de la niña Valentina Carolina procedente de aquellas relaciones.

Ellas trascendieron tambien á los vecinos y amigos de la familia; siendo muchos los que declaran acerca de esto como de un hecho notorio, y no pocos los que afirman



que el finado Eizaguirre y D<sup>a</sup> Victoria vivian como esposos en la misma pieza.

El hecho se llevó ademas á los Tribunales, porque habiéndole echado en cara D. Leon Blanco en 1874 á D. Valentin Buceta, á causa de un disgusto que tuvieron, el que consentia las relaciones ilícitas de su hija D<sup>a</sup> Victoria con Eizaguirre, el agraviado se presentó al Juez quejándose de injuria y de calumnia, y este le impuso efectivamente una multa á Blanco.

Se ha pretendido deducir de aqui un argumento favorable á la demandada, fundado en que dicha condena supone la falsedad de la imputacion dirigida á D. Valentin Buceta, acerca de las relaciones de su hija con el finado Eizaguirre; pero aquel razonamiento es inadmisibile, pues no procede en buena lógica; bastando que el hecho fuera injurioso, aunque no fuese falso, para que pudiese ser penado como lo fué efectivamente.

Si un individuo llamase á otro jorobado; aunque este lo fuese realmente, deberia ser castigado; desde que no por esto dejaria aquello de ser un insulto; no habiendo derecho para decir cuanto se quiera, aun en daño y ofensa de otro con tal que sea verdad, pues esta precisamente es la que mas lastima.

Viéndolo bien el argumento resulta contra *producentem*; porque habiéndose querellado Buceta al mismo tiempo de injuria y calumnia contra Blanco, este sin embargo solo fué penado por la primera; lo cual en cierto modo equivalia á resolverse: que aunque habiah abido injuria, no habia existido calumnia; ó lo que es lo mismo, que Blanco habia hablado la verdad; pero sin derecho para decirla.

En fin, Exmo. Señor, el rumor, la notoriedad y el escándalo del concubinato entre Eizaguirre y D<sup>a</sup> Victoria alcanzaron á la iglesia; y como aquel era hombre sencillo y de creencias religiosas, la autoridad Eclesiástica se consideró en el caso de poner en práctica para con él, el precepto Evangélico de la correccion fraterna, amonestándo-







le formalmente para que cambiase de conducta é hiciera cesar el escándalo.

Los sacerdotes Cavanet y Garcia Zúñiga se dispusieron á hablarle en ese sentido; y aunque el primero no llegó á verificarlo, creyendo prudente tratarlo antes y ganarse su amistad, el segundo lo realizó varias veces, siendo escuchado siempre con respeto: Eizaguirre lejos de negar sus relaciones con D<sup>a</sup> Victoria, prometió reparar el mal casándose con ella: de suerte que, puede decirse con verdad, que el concubinato consta oficialmente, por informes de los sacerdotes á quienes incumbia como tales, amonestar á los concubinarios para que se separasen de su mala vida.

Viene todavia en comprobacion de aquel hecho el casamiento *in extremis* de Eizaguirre, que no pudiendo manifiestamente tener por objeto formar una nueva familia, procurarse una compañera, ni legalizar los goces de una pasion ardorosa y vehemente, no tuvo por fin, sin duda alguna, sino consagrar la union existente, y legitimar el fruto de ella, que era la niña pequeña Valentina Carolina.

Ese matrimonio, aunque hubo de realizarse precipitadamente, por haberse agravado la enfermedad de Eizaguirre, de un momento á otro, no fué sin embargo, una resolucion instantánea ó del momento, sino la ejecucion de un proyecto bien meditado y resuelto maduramente de antemano.

Consta efectivamente, que dias antes de que tuviera lugar, Eizaguirre habia puesto su resolucion de casarse inmediatamente con D<sup>a</sup> Victoria, en conocimiento del canónigo Garcia Zúñiga, el cual habiéndoselo aconsejado varias veces, le dió una recomendacion para la Cúria Eclesiástica, á fin de que se abreviasen las diligencias necesarias. ¡ Tanto era el laudable celo de este digno sacerdote en favor de la moral !

Esto demuestra que Eizaguirre al casarse con D<sup>a</sup> Victoria antes de morir, obró con plena conciencia de lo que hacia ; y lo acredita tambien la relacion del P. Cavanet, el cual refiere:

que cuando fué al día siguiente á sentar la partida, y habló con él, se hallaba mejorado, en perfecta lucidez y tranquilidad de espíritu; conversando de la Política Europea y manifestándose chistoso.

#### EL NACIMIENTO DE LA NIÑA

Demostrado hasta la evidencia, Exmo. Señor, y de una manera que no deja lugar á duda de ningun género, el concubinato del finado Eizaguirre con D<sup>a</sup> Victoria Buceta, por espacio de diez años, poco esfuerzo se necesita seguramente, para persuadirse que aquellos debieron tener sucesion: siendo oportuna y exacta sobre este punto la observacion del Juez *á quo*, de que está en el órden de la naturaleza, el que la union de un hombre todavia vigoroso con una muger jóven, no fuese infecunda.

No lo fué realmente el concubinato de Eizaguirre con D<sup>a</sup> Victoria, del cual resultó la niña Valentina Carolina, y ademas de algunos antecedentes ya mencionados, todo concurre á probarlo del modo mas satisfactorio y concluyente.

La demandada trata de desvirtuar la indicada observacion de que está en el órden natural, el que la union de un hombre vigoroso con una muger jóven, por espacio de diez años no fuese infecunda, estableciendo con datos estadísticos, recojidos por Mr. Bertillon, y exactos sin duda, pero mal aplicados, que nueve décimas partes de los matrimonios son estériles.

Segun estos datos observados en dos diversos quinquenios, resulta que el número de hijos, en relacion al de matrimonios, sería el de veinte más ó ménos por ciento; lo cual en la suposicion de que cada hijo perteneciese á diverso matrimonio. supondria que crato quintas partes de estos habrian sido infecundos; pero como eso en realidad no es así, sino que varios niños provienen de un mismo matrimonio, deduce el que deben calcularse lo ménos nueve décimas partes de mugeres estériles.





Semejante cálculo, es completamente equivocado; pues en el número total de matrimonios se comprenden tambien aquellos para los cuales, sin haber sido estériles, ha pasado ya la época de la fecundidad; y se cuentan así mismo muchas mugeres separadas de sus maridos, enfermas ó lactando á sus niños; no pudiendo en realidad calcularse mas de un matrimonio estéril de cada seis.

«Es sensible, dice Block, que los estadistas no hayan hecho todavia serios esfuerzos para establecer el número proporcional de mugeres estériles; pues cuanto mayor sea este, tanto aumenta el término medio de los nacimientos por cada matrimonio. Nosotros hemos podido reunir algunos datos, aunque muy incompletos, y si se les pudiese dar fe, el número de mugeres estériles seria de una á cinco, sin haber aumentado la proporcion desde el último siglo.»—Elementos de Estadística, páj. 423.

Dedúcese de aquí, Exmo. Señor, que demostrado, como se encuentra, hasta la evidencia, el concubinato del finado Eizaguirre, con D<sup>a</sup> Victoria, durante diez años, con prescindencia de toda prueba, resultarian cinco probabilidades contra una, de que debió tener sucesion y de que no fuera estéril.

No menos de veinte testigos, personas de diversas clases y condiciones, declaran positivamente, haber visto embarazada á D<sup>a</sup> Victoria, de la indicada niña Valentina Carolina, en la casa en que vivía con Eizaguirre y en la misma época que corresponde al nacimiento posterior de la indicada niña, segun la edad que se le atribuye.

No menos de diez y seis se manifiestan sabedores de que el parto tuvo lugar el 25 de Julio de 1877, en la misma expresada casa de la calle de Santiago del Estero; y entre aquellos, tres personas pueden considerarse presenciales del hecho, Elisa Carranza que asistió como partera, Griselda Silva que viviendo tambien en la indicada casa, supo de ciencia cierta lo que ocurría, y en fin, Natividad Vazquez que despues de haber visto embarazada á D<sup>a</sup> Victoria, yendo

á buscarla, la encontró enferma de parto, y que al día siguiente la halló en cama, desembarazada y con la niña que acababa de dar á luz.

Ocho testigos ó mas, declaran tambien haber visto á doña Victoria dando de mamar á la niña Valentina Carolina ; y reunida esta prueba á los demas antecedentes y á los hechos consiguientes que acreditan los autos, y que tienen tambien estrecha relacion con este punto, no es posible fundadamente poner en duda el nacimiento de la expresada niña, hija de D<sup>a</sup> Victoria.

Con respecto á la prueba producida por la demandada, en sentido contrario, debe observarse que en gran parte es puramente negativa, reduciéndose muchos testigos á decir no haber tenido conocimiento del concubinato ; que no vieron, ni han sabido que D<sup>a</sup> Victoria se hallase embarazada, y que tampoco les consta el que hubiese librado.

Este género de prueba no es concluyente y vale menos que la positiva : así merece mayor fe un solo testigo que declare asertivamente y de ciencia cierta, acerca del parto por ejemplo, afirmándolo, que muchos, aunque se les suponga de igual calidad, que digan solamente no haberlo sabido, ni constarles, por la sencilla razon de que, á pesar de haber tenido lugar en realidad el parto, es posible que estos testigos lo ignorasen ó no les constara.

Respecto al hecho de haberse visto embarazada á D<sup>a</sup> Carlota, por la misma época, en que lo estuvo realmente doña Victoria ; de habérsela visto despues lactando á la niña Valentina Carolina, y por último, de haber dicho que era su hija á varias personas : siendo tantos los testigos que lo aseguran, es preciso admitir que en efecto se valió de tales engaños y supercherías para cubrir el honor de su hija.

Robustece esta suposicion si se observa que con respecto á la lactancia, los testigos que determinan el tiempo, se refieren á una época en que la niña debia tener ya mas de dos años, pues se paraba y hablaba : y esta circunstancia





indica bien á las claras que la accion era puramente afectada.

Siendo ya vieja D<sup>a</sup> Carlota, de ningun modo habria podido dar de mamar hasta esa edad á la niña ; y si esta hubiera sido suya y efectivamente la hubiese criado por sí misma, se habria visto en la necesidad de abreviar la lactancia, anticipando el despecho.

Sobre la dificultad que se suscita con motivo de que algunos testigos nombran á dicha niña Carolina, y otros la llaman Valentina ; no habiendo con quien pudiera confundirse, y llevando la niña los dos nombres de Valentina y Carolina, la observacion tiene seguramente poca importancia, siendo de creerse que los padres la llamaban indistintamente por uno ú otro nombre.

Puesto que es un derecho y un deber de los padres reconocer á sus hijos, ya sean legítimos ó naturales, lo cual pueden hacer, ó en la partida de bautismo ó por escritura de reconocimiento, tales documentos producidos en este juicio, en lo que concierne á las relaciones de maternidad y filiacion de D<sup>a</sup> Victoria con la niña Valentina Carolina, hacen completa prueba ; al menos mientras la presuncion que produce su legalidad no sea destruida por una demostracion en contrario.

#### POSESION DE ESTADO

Pero, ¿ esa niña era tambien hija natural de D. José Ignacio Elizaguirre ? ¿ El la recibió por suya, la reconocia por hija y la trataba como tal ? Hay hechos gravísimos y antecedentes sin número, bien concordantes entre sí, que así lo demuestran, y producen en el ánimo una conviccion inquebrantable.

Se ha dicho que en el matrimonio la paternidad del marido se presume en los hijos que nazcan de la esposa ; sin que por tanto sea necesario acreditarla ; pero que no sucedia lo mismo respecto á los hijos nacidos en el concubinato: esto no es de todo punto exacto.

Siendo una sola la concubina y viviendo en la casa del



que la tiene por tal, tambien la ley presumia hijos naturales de este, los que en ese estado naciesen de aquella ; y es por esto que para considerarles tales, ni siquiera exigia el reconocimiento.

En ese caso se encuentra precisamente la menor Valentina Carolina ; porque no solamente la madre era única concubina de su padre, viviendo por espacio de diez años en su misma casa, sino que tal estado llegó á ser notorio ; especialmente despues del nacimiento de la niña ; tiempo en que Eizaguirre presentó á varias personas por su esposa á D<sup>a</sup> Victoria ; y algunos de los testigos de la mejor buena fe la creian efectivamente su muger legítima ; lo cual nada tiene de estraño, desde que consta que en actos judiciales y en repetidas escrituras públicas, aquél se declaraba casado.

Puede que hoy, habiendo variado la Legislacion, todo aquello no deba considerarse suficiente, y en concepto de algunos, haya de exigirse algo mas como prueba de la filiacion natural, pero es necesario reconocer sin embargo, que si las referidas circunstancias no constituyen por sí solas la posesion de estado para un niño que nace en situacion indicada, no se podria decir lo que le falte.

Ahora bien, pasan de veinte los testigos delante de los cuales, Eizaguirre se ha reconocido expresamente por padre de la niña Valentina Carolina, declarándoselo formalmente, presentándosela como hija ó dándole el nombre de tal ; entre ellos la partera Elisa Carranza, á la cual le dijo, cuando aquella nació que él esperaba un varon, pero que se conformaba con la niña que le habia nacido ; la cual lo acompañaria en su vejez, siendo el mismo quien le pagó su trabajo, regalando tambien con este motivo á la doméstica Griselda Silva quinientos pesos moneda corriente, para que se hiciese un vestido.

Son muchos tambien los que por lo menos han presenciado diversos actos, en que de un modo tácito, Eizaguirre se confesaba padre de la niña acariciándola, cargándola en sus brazos, subiéndola á caballo, acompañándola en la vecindad



y de otras muchas diversas maneras ; así es que ella se daba con él como con un padre, corriendo á su encuentro cuando volvía á la casa.

Esa niña ademas, segun los testigos tiene mucha semejanza á Eizaguirre : *es parecidísima*, dicen algunos ; *es idéntica*, declaran otros : uno agrega que *ni con pincel se sacaría una cosa tan igual*, y otro que se parece *hasta en el carácter* ; de suerte que no hay posibilidad, ni manera de desconocer la procedencia de esta criatura.

La demandada observa : que el testimonio de las personas que han declarado sobre la conducta y el modo de espresarse de Eizaguirre respecto á la niña Valentina Carolina, acreditará si se quiere, confesion extrajudicial por parte de este acerca de la paternidad, que el Derecho estima por una prueba semiplena : pero que no importa demostracion de la posesion de estado, que es la que debia rendirse, y la única tambien que se admite como prueba de la filiacion.

Semejante apreciacion es completamente equivocada : la confesion extrajudicial hecha una sola vez, quizá con ligereza é indeliberadamente, no importa en efecto, mas que una prueba incompleta ; pero tratándose de filiacion, la confesion expresa y tácita, reiterada constantemente por muy diversas maneras, en distinto tiempo y diversas circunstancias, produce sin duda alguna prueba legal y perfecta.

Viéndolo bien, ¿que otra cosa es la posesion de estado que esa misma confesion aunque tácita solamente, constante sin embargo, de la paternidad manifestada por todos los actos en que se exterioriza el cariño del padre y repetida á cada momento ? ¿Y de qué otra suerte habia de acreditar su posesion de estado una criatura de tres años, que con el hecho de haber nacido, y haber sido criada en casa de los padres, que le hubiesen dispensado el cariño propio de tales, y subvenido á todas sus necesidades ?

Esto es lo que demuestran en verdad los testigos de la demandante : pero nada mas se necesitaba tampoco ; aun



no suponiéndose admisible, como lo es en efecto por nuestro Derecho, la indagacion de la paternidad; sin que para acreditar la posesion de estado de hijo natural, hayan de exigirse cosas imposibles, que hagan ilusoria la accion que se acuerda á los hijos, contra los padres que abandonan sus deberes.

Hay sin embargo, muchas otras consideraciones que se desprenden de los hechos constatados en autos, que pesan mucho, y militan en el mismo sentido; concurriendo á comprobar mas y mas la filiacion de la niña Valentina Carolina, parte actora en esta causa.

La demora de tres años para bautizarla, rara y extraña en otro caso, se explica por el hecho de la ilegitimidad del nacimiento de la niña, que impedía á la madre el dar su nombre, antes de casarse con Eizaguirre, segun lo tenían concertado, y éste se hallaba resuelto á hacerlo, festejando juntamente su matrimonio y el nacimiento de la hija.

Si no hubiese sido cierto que Eizaguirre vivia en concubinato con D<sup>a</sup> Victoria, y hubiese sostenido su familia por caridad solamente, no habria toierado en su casa el escándalo del nacimiento de la niña Valentina Carolina, habida por una jóven soltera: le habria retirado desde entonces su proteccion, é indudablemente hubiera expulsado la familia de su casa.

Si á pesar de vivir en concubinato con D<sup>a</sup> Victoria, como es evidente que sucedia, la niña que ésta tuvo no hubiera sido suya, habria puesto fin sin duda alguna, á sus relaciones con aquella, profundamente resentido de su infidelidad: lo que no hizo, pues al contrario, empezó á dar á D<sup>a</sup> Victoria el título de esposa, y á hacer comprender que estaba casado.

La niña Valentina Carolina, lejos de producirle alegria ni merecer su cariño y sus festejos, en la indicada hipótesis, habria sido mas bien objeto de ódio y abominacion; pues hubiera venido á turbar y envenenar su felicidad, revelándole la infidelidad de su querida: y sin embargo es





manifiesto y constante que no pasaron así las cosas ; que nada de esto se verificó, y que antes bien la niña era su encanto.

En fin, como lo observa muy acertadamente el Juez *á quo*, mucho menos es admisible que mal correspondido Eizaguirre por D<sup>a</sup> Victoria, burlada su fe y ofendido cruelmente en su honor, se prestase no obstante á darle su nombre, elevándola al rango y dignidad de esposa.

Así pues, su casamiento *in extremis* fué no mas que el cumplimiento de una promesa y el lleno de una obligacion sagrada en descargo de su conciencia ; para restituir el honor á la muger que habia amado, y legitimar á la hija fruto de ese amor.

#### LA LEGITIMACION

Para esponder convenientemente la materia de la legitimacion en cuanto se relaciona con la cuestion actual, es indispensable remontar al orijen de la disposicion que la estableció por subsiguiente matrimonio; tomar en cuenta las innovaciones introducidas en la Jurisprudencia moderna por el Código Napoleon, y descender despues á examinar con estos datos las prescripciones del Código Civil que nos rije.

#### I

La indicada institucion, Exmo. Señor, viene desde el Derecho Romano, habiendo sido introducida por Constantino, ampliada por Zenon y conservada por Justiniano, los cuales, queriendo estimular al matrimonio en favor de la moral y del órden público, á las personas que, hallándose en aptitud de contraerlo, por carecer de todo impedimento, hubiesen sin embargo procreado hijos fuera de él, establecieron que, si lo verificasen, deberian considerarse legítimos, no solo los hijos que nacieran en lo sucesivo, mas tambien los habidos

antes. Ley 5, tit. 27, lib. 5 del Código. Inst. lib. 1<sup>a</sup>, tit. X, parágrafo 13.

El orden público gana mucho, así con la formación de nuevas familias, como también con que las ya formadas fuera de matrimonio, se regularicen por este medio: que á la verdad, es adecuado, porque el cariño de los hijos, obrando poderosamente en el corazón de los padres, los induce á procurarles todas las ventajas sociales que les resultan de la legitimación.

Esta fué, pues, introducida por reclamarlo así la causa pública, y como un favor concedido al matrimonio: sin que por tanto, con tal que este se hubiese verificado, para que aquella se realizase, se necesitara el consentimiento de los padres, el de los hijos legítimos que pudieran existir, ni el de los mismos que se legitimaban, segun se deduce de la ley 38, Digesto de *pactis*.

Esta misma es la doctrina del Derecho Canónico en el capítulo *tanta* de las Decretales en que se declara: que el resultado del matrimonio es no solo el de producir hijos legítimos, mas también el de legitimar á los ya existentes, cuando aquel se contraiga *tanta est vis matrimonii ut qui antea sunt geniti post contractum matrimonium legitimi habeantur*.

El Código de las Partidas formado como es constante, por la combinación del Derecho Romano con el Canónico, no podia dejar de adoptar el mismo principio; y en efecto, traduce fielmente las palabras trascriptas del cap. *tanta*: pues hablando de los hijos naturales que tengan los que se casen, les declara legítimos, agregando: «Ca'magüer estos fijos atales non son legitimos cuando nacen, *tan gran fuerza ha el matrimonio*, que luego que el padre y la madre son casados, se facen por ende los fijos legítimos.» Ley 1<sup>a</sup>, tit. 13, Part. 4<sup>a</sup>.

Podemos, pues dejar establecido que por el Derecho antiguo y la Legislación Española que nos ha regido anteriormente, el matrimonio legitimaba *ipso jure* á los hijos naturales que los contrayentes hubiesen tenido antes de la celebración; y sin que en tal resultado la voluntad de estos tuviese otra



parte, que la de prestar el consentimiento indispensable para la validez del sacramento.

Pero, viniendo cuestion de hecho, como era posible en la práctica, sobre si una persona determinada debiese ser considerada ó no hija natural, y sobre si en consecuencia hubiese quedado legitimada por el matrimonio, ¿cómo se demostraría aquella calidad? En regla general y segun la ley 11 de Toro, por el reconocimiento de los padres.

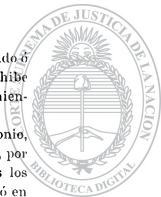
¿Era pues, indispensable este reconocimiento para que se verificase la legitimacion por subsiguiente matrimonio? Nó, por cuanto el reconocimiento no se exijia *pro forma*, ni como elemento sustancial del acto, ó condicion esencial á su validez, sino únicamente para prueba: la cual encontrándose permitida la indagacion de la paternidad, no era en verdad indispensable, desde que podia ser suplida por la declaracion judicial.—Goyena, Concordancias, tom. 1º, páj. 133, art. 119.

## II

Venimos ahora al Derecho Francés, y antes de examinar sus disposiciones, conviene recordar que el Código Napoleon en las materias de filiacion y de legitimidad, fué el resultado de una poderosa reaccion en la ideas, contra las tendencias revolucionarias á confundir el concubinato con el matrimonio y equiparar la condicion de los hijos naturales con la de los legítimos.

Aquellas tendencias traducidas en diversas medidas Legislativas, habian producido honda perturbacion en las familias y un inmenso malestar á la sociedad: estas ideas reaccionarias, cual sucede con frecuencia, llevaron las cosas al estremo en sentido contrario; y se creyó cortar el mal de raiz prohibiendo como se hizo, la indagacion de la paternidad.

El Código Francés admite la legitimacion de los hijos naturales por subsiguiente matrimonio de sus padres: pero



solamente para el caso de que estos los hubiesen reconocido ó los reconociesen al casarse; y como al mismo tiempo prohíbe la indagacion de la paternidad, el defecto del reconocimiento no puede ser suplido de modo alguno.

«Los hijos, dice el art. 331, nacidos fuera de matrimonio, que no sean incestuosos ó adúlteros, podrán legitimarse, por el subsiguiente matrimonio de sus padres, cuando estos los hayan reconocido legalmente, antes de ese matrimonio ó en el acto mismo de su celebracion.»

La redaccion de esta disposicion, en la cual no se dice: que los hijos naturales *quedan legitimados* por el subsiguiente matrimonio de sus padres, sino que *podrán serlo*, si aquellos los quisieren reconocer, lo cual es un acto para ellos enteramente libre, desde que no se les puede compeler á verificarlo, ha dado lugar á que se dude, si en este sistema la legitimacion viene á ser solamente un derecho de los padres, que pueden ó no conceder á los hijos ese beneficio, ó si es un favor dispensado por la ley al matrimonio, por razones de orden público.

Al discutirse esta disposicion del Código Francés en el Consejo de Estado, Bigot Preamenen se expresaba así sobre el particular: «Las reglas segun las cuales el matrimonio legitima *de pleno derecho*, estaban admitidas en el sistema en que no se prohibia la indagacion de la paternidad.»

«Como segun ese sistema, el hijo conserva siempre el derecho de probar contra sus padres el origen de su nacimiento, ninguna necesidad tiene de ser reconocido. Mas cuando no hay paternidad constante, sino por el reconocimiento mismo del padre, es preciso que el hijo sea desde luego reconocido, para que pueda contarse entre el número de los legítimos». Biblioteca del Abogado, t. 1º, pág. 295.

El Tribuno Duveisier, explicando la necesidad del reconocimiento de los hijos á los efectos de la legitimacion decia: «En un sistema de Lejislacion en que la paternidad legitima solo está consagrada por el matrimonio, y en que la paternidad natural, como acabais de ver, no puede asegurarse sino por el reconocimiento del padre, es preciso el concurso de



esos dos títulos para fundar al mismo tiempo la filiación y la paternidad.» Obra citada, t. 1º, pág. 360.

Estos Jurisconsultos negaban, pues, que la legitimación se verificase *ipso jure*, haciéndolo depender todo del reconocimiento, el cual sin embargo solo consideran necesario en el sistema que prohíbe absolutamente la indagación de la paternidad; porque este sistema deja librado en cierto modo el que se verifique ó no el efecto de la legitimación, á la voluntad de los contrayentes del matrimonio.

Aunque el texto parece favorecer esta opinión, la mayor parte de los autores franceses opta sin embargo por la contraria: segun ellos, la frase de que los hijos naturales *podrán ser legitimados*, no se refiere á las facultades de los padres, sino á la capacidad de aquella clase de hijos para recibir la legitimación ó en otros términos, solo establece que la materia de esta son únicamente los hijos naturales.

Los padres pueden casarse ó no, reconocer ó dejar de reconocer á los hijos; y ciertamente que sin que se verifiquen ambas cosas, la legitimación no se realizaria; mas por el contrario llenados aquellos requisitos, la legitimación tiene lugar independientemente de la voluntad de los padres; sin que ellos puedan impedirla, y sin que se requiera tampoco el consentimiento de los hijos.

«Los términos del artículo 331, dicen Masse y Vergé, *podrán ser legitimados*, no deben tomarse en el sentido de que la legitimación por subsiguiente matrimonio dependa de la voluntad del padre, de la madre ó del hijo. La legitimación se opera por el solo hecho del matrimonio del padre y de la madre, aún contra la voluntad de éstos ó de aquél». Derecho Civil Francés, tomo I, pág. 310, nota 2ª.

«Llenadas, dicen Aubri y Rau, las condiciones antes indicadas, el matrimonio produce la legitimación de pleno derecho, es decir, independientemente de toda manifestación de voluntad de parte del padre ó de la madre, y aun con prescindencia del consentimiento del hijo.» Tomo 6º, § 546, página 65.



« La legitimacion, dice, en fin Marcadé, se verifica *de pleno derecho*, no obstante la ignorancia y aun contra la voluntad de los padres ó del hijo por medio del matrimonio válido ó putativo. » Tomo 2º, páj. 92, N° 26.

El reconocimiento, pues, de los hijos por parte del padre y de la madre no es requerido, sino para constancia y prueba de la filiacion : prueba que á la verdad, estando prohibida por el Derecho Francés la indagacion de la paternidad, generalmente hablando, no puede ser reemplazada con nada: pero cuando por escepcion se permite dicha indagacion, el reconocimiento forzado ó sea la declaracion judicial, produce los mismos efectos, aun con respecto á la legitimacion, que el reconocimiento voluntario.

« El reconocimiento forzado, dicen Aubri y Raa, resultante del juicio pronunciado sobre demanda en indagacion de la paternidad ó de la maternidad, equivale, *aun por lo que concierne á la legitimacion*, al reconocimiento voluntario. » Derecho Civil Francés, tomo 6º, páj. 66 ; siendo esta tambien la opinion comun, como puede verse en Delvincour, tomo 1º, páj. 210 ; Marcadé al art. 331, N° 1º ; Demolombe tomo 5º, páj. 362 ; Zachariæ § 348, nota 5ª : Prudhon, tomo 2º, páj. 108 ; Freitas, art. 1,666.

Debe advertirse sin embargo, que como el Código Napoleon en el citado art. 331, exige para que se verifique la legitimacion de los hijos naturales, el que los padres los hayan reconocido de antemano, ó los reconozcan al tiempo de casarse, los autores, equiparando á este reconocimiento la declaratoria judicial, requieren tambien que ella tenga lugar antes y no despues del matrimonio : tal es el Derecho Francés.

### III

§ 1º ¿ Qué dispone en la materia el Código Argentino ?

¿Cuál es el sistema que ha adoptado en las disposiciones que contiene ? Nuestro Código exige como la ley de Toro,



para la calificación de los hijos naturales, el reconocimiento de los padres, pero no lo deja librado como el Francés á su mera voluntad : pues separándose de aquel, permite la indagación de la paternidad, y en el caso de rehusarlo los padres, confiere acción á los hijos naturales para compelerlos judicialmente al reconocimiento ; y esto en cualquier tiempo, desde que aquella acción es imprescriptible : artículos 259, 262 y 325, C. C.

Admite también la legitimación de los hijos naturales : no como el Código Francés, diciendo que *podrán ser legitimados*, sino declarando en términos absolutos, que quedan legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres ; si bien es cierto que en artículo separado, impone á estos al efecto, la necesidad de reconocer á aquellos : lo que deberán hacer lo mas tarde, hasta dos meses después de celebrado el matrimonio, artículos 311 y 317.

¿ Son libres los padres, casándose, de acordar ó no la legitimación á sus hijos naturales ? No, seguramente : pues ese beneficio es un favor concedido al matrimonio ; y por lo mismo la legitimación de la prole, no solo es una facultad conferida al padre ; mas también el derecho de los hijos y una cuestión de orden público.

¿ Y si los padres dejan de hacer el reconocimiento de los hijos ? Ya hemos dicho que estos tienen acción para compelerlos por la Justicia á verificarlo, indagando su procedencia, la cual demostrada que sea, el Juez los declarará hijos naturales : y esa declaración judicial, por lo menos si se hubiese solicitado en tiempo oportuno, cual sucede en el caso en cuestión como en el Derecho Francés, se equipará de todo punto al reconocimiento voluntario, y producirá los mismos efectos, aun con respecto á la legitimación.

¿ Qué importa el término de los dos meses para que se realice el reconocimiento ? El se dirige exclusivamente á los padres, que son los que deben verificar este, y se refiere á su derecho ; no al de los hijos que es muy diverso : no depende



en manera alguna de la voluntad de aquellos, y dura perpetuamente, pues que su accion no puede prescribirse.

Esto último en lo que concierne á la legitimacion, en verdad es dudoso y no carece de dificultad : el Fiscal volverá á ocuparse de ese punto con mas extension : pero no lo es de ningun modo el que la declaracion judicial solicitada dentro de los dos meses designados en el art. 317, se equipare al reconocimiento, y una vez obtenida produzca la legitimacion con arreglo á las prescripciones de nuestro Código Civil.

¿Cuál es la razon por que los Jurisconsultos Franceses admiten que el reconocimiento forzado anterior al matrimonio produce la legitimacion ? Porque equivaliendo al voluntario debe surtir los mismos efectos. ¿ Por qué motivo no opinan lo mismo de la declaracion judicial posterior al matrimonio ? Porque entonces, segun el Código Napoleon, no podria tener lugar tampoco al efecto indicado, el reconocimiento voluntario.

Luego si por nuestro Código este se puede verificar, para que los hijos queden legitimados por el matrimonio, hasta dos meses despues de su celebracion, tambien la declaracion judicial solicitada dentro de ese término debe producir la legitimacion ; desde que dentro del mismo plazo habria podido hacerse el reconocimiento voluntario, con el cual se equipara.

Del principio generalmente aceptado de que para todos los efectos legales, inclusa la legitimacion, el reconocimiento forzado, por lo menos hecho en tiempo hábil, equivale al voluntario, se deduce claramente la falsedad de la doctrina sostenida por la demandada, de que siendo aquel un acto personalísimo de los padres, á cuya conciencia y apreciacion lo ha librado completamente la ley, nadie mas que ellos pueden verificarlo y por lo mismo mal se exigiria del heredero.

Si puede hacerlo el Juez, cuando es permitida la indagacion de la paternidad, como opinan los autores y lo declara el Código, el reconocimiento no es en verdad un acto per-





sonalísimo: y no siéndolo, tampoco se divisa razón alguna por que no deba pretenderse del heredero, ó para que éste no pueda también realizarlo, sin esperar la declaración judicial.

Por lo demás, lejos de ser exacto el que la ley haya librado el reconocimiento de la filiación, á la conciencia del padre, dejándolo en el concepto de un deber moral, lo ha transformado en verdadera obligación civil, que lleva siempre la correspondiente sanción, y en derecho positivo del hijo, que indispensablemente va acompañado en su caso, de los medios compulsorios: pues tal es el carácter de la Legislación Civil, que en esto se distingue de la Moral.

Esto bastaría sin duda á justificar el acierto de la resolución apelada, al declarar legitimada á la niña demandante por el subsiguiente matrimonio de sus padres, á pesar de no haber sido reconocida antes de un modo expreso y formal; desde que se presentó dentro de un término hábil indudablemente, solicitando de la autoridad competente, la correspondiente declaración.

§ 2º El Fiscal va mas adelante sin embargo, y opina que en todo tiempo dicha niña ú otro hijo cualquiera que se encuentre en caso semejante, podría solicitar la indicada declaración, y que obtenida esta, por resultar bien fundada la pretensión, debiera producir también los mismos efectos, entre ellos el de la legitimación, pues que á los hijos naturales les es permitida siempre la indagación de la paternidad; y la acción para reclamar los derechos provenientes de la filiación no se pierde ni se prescribe jamás. Art. 262, C. C.

Para sostener lo contrario con respecto á la legitimación, se observa: que al determinar la ley un plazo perentorio, en el cual los padres deban hacer el reconocimiento de los hijos naturales, ha tratado de impedir por este medio el que mas tarde, no teniendo sucesión quizá, y queriendo defraudar los derechos del heredero legítimo, los consortes



pudieran ponerse de acuerdo, para adoptar un hijo, reconociéndolo falsamente por suyo.

Que el peligro subsistiría á pesar de todo, si se admitiese que aun despues de vencido el plazo para el reconocimiento, en cualquier tiempo la declaratoria judicial produjese por resultado la legitimacion, porque entonces los consortes poniéndose de acuerdo con el que quisieran adoptar, para que demandase el reconocimiento; y haciendo una defensa finjida, que traeria necesariamente la condenacion, llegarían por medios indirectos á lo mismo que se les prohíbe directamente.

Aparte de lo ilusorio y remoto de semejante peligro, mucho mas cuando todas las personas á quienes pudiera perjudicar la declaracion, tendrían el derecho de oponerse é impugnar la pretension: los que alegan esta dificultad consideran el asunto solo, bajo el aspecto de las facultades y los intereses de los padres, prescindiendo completamente del derecho de los hijos y de que la legitimacion es tambien una cuestion de órden público.

¿Por qué tener en vista únicamente la posibilidad de abuso por parte de los consortes al objeto de prevenirlo, en el sentido de reconocer falsamente algun hijo: y no en el de dejar de reconocer maliciosamente al que realmente lo es, á fin de privarlo del beneficio de la legitimacion, que la ley de ningun modo ha querido hacer potestativa en ellos: y que sin embargo vendria á serlo, desde que se prive á los hijos naturales de toda accion para reclamar de esa injusta omision de sus padres al casarse?

§ 3º El argumento tampoco concluye: porque lo único que se podria deducir de la óbservacion en que se funda, es que en el juicio que se promoviera para el reconocimiento, despues del plazo en que á los padres les era permitido efectuarlo, deberia excluirse de los medios de prueba admisibles, la confesion de aquellos; y el que considerándose el negocio como cuestion de órden público, debiera tambien darse intervencion al Fiscal, exigiéndose del reclamante una



justificacion completa; mas no el que haya de negársele al hijo natural toda accion, aunque se le reconozca un derecho perfecto, que puede muy bien haber sido violado.

El Derecho Canónico no permite la disolucion del matrimonio por acuerdo entre los consortes; y como admitida la nulidad de aquel por cualquier impedimento dirimente, estos podrian convenirse para reconocer falsamente su existencia, y llegar asi por un medio indirecto al mismo resultado que se les prohíbe; se ha establecido que en el juicio de nulidad por la indicada causa, esta no pueda probarse por confesion de los cónyuges; pero sin que se excluya otro género de prueba, ni se les niegue una accion que puede resultar muy fundada y muy justa—*Cap. Super eo—Cap. De eo qui cognovit.—Dnoso Inst. de Dcho. Canónico, t. 3ª, página 154, n. 6.—C. C., art. 207.*

Una cosa semejante habria que resolver en el caso de que se pretendiese el reconocimiento por quien se diga hijo natural, para constatar su calidad y consiguientemente la legitimacion por el matrimonio, despues de vencido el término de los dos meses, y cuando á los padres no les seria ya permitido reconocerle.

Prescindiéndose enteramente de la confesion y exigiéndose además plena justificacion, deberia tratarse el pleito como asunto de interés público; mas no denegarse toda accion contra los padres, que teniendo el deber de reconocer al hijo, hubiesen quebrantado su obligacion, y violado el derecho de aquel: no se concibe obligacion, sin que su infraccion imponga responsabilidades por lo ménos civiles; ni puede existir derecho sin una accion ó medio para hacerlo efectivo.

Mas esta discusion ha avanzado demasiado; pues ha ido mas adelante de donde se encuentra colocada la cuestion que debe resolverse; y que sin duda alguna ofrece menos dificultades: pues tal como se halla planteada, elimina de todo punto los principales argumentos que podrian oponerse á la demandante y que complicarian el caso, si ella se

hubiese presentado despues de vencidos los dos meses, dentro de los cuales los padres deben hacer el reconocimiento.

No ha sucedido así, y entonces no es dudoso que la declaratoria judicial sobre filiacion natural equivale á aquel para todos los efectos jurídicos incluso el de la legitimacion, como lo resuelve la sentencia apelada con muy sólidos fundamentos.

El Fiscal, es de sentir por tanto, segun lo deja manifestado, que debe confirmarse.



# VISTA IV

## LEGITIMACION DE HIJOS ESPÚREOS

### SUMARIO:

Exposicion del caso, resumen de la discusion y resolucion en primera Instancia—Dificultades del asunto y causas de que se originan—La legitimacion por rescripto segun el nuevo Código—Si subsisten en la actualidad, y cómo deben considerarse las concedidas antes de su publicacion.—Si los legitimados por rescripto antes de la vigencia del Código, conservan el derecho sucesorio, y en qué orden deben ser llamados—Inteligencia de la cláusula contenida en el rescripto de que se trata, «sin perjuicio de la sucesion legitima»—Si debe reconocerse en el Gobernador de Buenos Aires, facultad para legitimar por rescripto, en la época á que se refiere el que motiva la cuestion—Antecedentes legislativos sobre esta clase de legitimacion en el Derecho Romano—Condiciones que exigia y requisitos que establecia para la legitimacion por rescripto—Disposiciones del Derecho Español en la materia—Alteraciones irregulares que estas reciben en la práctica, por las opiniones extraviadas de los autores—Sin embargo de la latitud de estas opiniones, la legitimacion de los hijos naturales se distinguió siempre de la de los espúreos—La primera se tenia por licita y regular, mientras la segunda se consideraba extraordinaria—Esto consistia en que la última se encontraba prohibida por las leyes, y no podia acordarse sin suspenderlas en casos dados—Las reales cédulas de 10 de Febrero de 1795 y 21 de Diciembre de 1800 se refieren simplemente á lo que se practicaba aunque de un modo abusivo; y conservaron á la legitimacion de los espúreos su caracter de «extraordinaria»—Dichas reales cédulas fueron las últimas disposiciones españolas que rigieron entre nosotros, pues las que se dieron posteriormente no tuvieron ya fuerza de ley—Antecedentes patrios que conviene tener presentes, al resolver la cuestion indicada—El Gobierno de la República sucedió en los derechos del Monarca; y la Legislacion Española se conservó vigente, aun despues de la Revolucion, en cuanto no se opusiera





al nuevo sistema—Consecuencias contenidas en esta restriccion aplicables á la facultad que examinamos y diferencias á su respecto entre los principios del nuevo sistema y del anterior—Si en la República habia autoridad que pudiera considerarse facultada para legitimar por rescrito—En caso afirmativo ¿á cuál de los Poderes, Legislativo ó Ejecutivo, habria correspondido el uso de esa facultad?—Principios que deben tenerse presentes para resolver este punto y opiniones de nuestros Jurisconsultos—La facultad de legitimar, atendida solamente la antigua Legislacion Española, pudo considerarse análoga á la de indultar—Así como el Ejecutivo no habria podido conceder indulto en los casos exceptuados, tampoco podia acordar legitimaciones extraordinarias—¿A cuál de los Gobiernos, Nacional ó Provincial, habria correspondido la indicada facultad en el sistema Republicano?—Al respecto deben distinguirse tres épocas, la del régimen Unitario, la del sistema Federal en que se adoptó la Constitucion; y en fin, la de la publicacion de los Códigos Nacionales—Las Provincias no pudieron legislar sobre materias civiles, ni en la primera ni en la tercera de las expresadas épocas; pero sí en la segunda—No es un antecedente contra el uso de esa facultad en las Provincias, antes de la publicacion del Código, el que en la Confederacion fuese el Congreso el que legitimó á los hijos del general Urquiza—En este caso procedió como Legislatura del territorio federalizado para capital—Con ésto declaró sin embargo de un modo implícito, que la legitimacion por rescrito no era contraria á los principios de la Constitucion Nacional, ni habia quedado suprimida «ipso jure,» por la publicacion de ésta—Otro tanto debe decirse con relacion á la materia que estudiamos, de la Constitucion Provincial de Buenos Aires de 1854, la cual conservaba en vigencia la Legislacion Española—Si las facultades del Gobernador en 1866, para legitimar por rescrito, se hubieran de deducir de la práctica ó del uso, seria necesario limitarlas á la legitimacion ordinaria de los hijos naturales—El Ejecutivo, en efecto, nunca habia entendido legitimar otra clase de hijos—Sentido de la máxima de que el error comun hace ley: se refiere á la ignorancia de hecho, y no á la de Derecho—De los vicios de obrepcion y subrepcion en los rescriptos, los cuales llevaban la cláusula tácita, «si preces veritate nitantur»—Que importan aquellos vicios, efectos que producian segun Derecho—Circunstancias que debian expresarse en la solicitud de legitimacion—No solo era indispensable manifestar si los hijos eran naturales ó espúreos sino que en este último caso debia tambien expresarse su clase—En el caso «sub judice», el recurrente solo manifestó al Gobierno que los hijos eran ilegítimos; lo cual no era suficiente, siendo estos adulterinos—Exámen de los términos de la solicitud, para demostrar que hubo ocultacion ó inexactitud—Respuesta á las observaciones en contrario—Todo el procedimiento está revelando la ocultacion intencional—No es exacto que los principales Jurisconsultos en nuestro país hayan opinado en favor de la legitimacion de los hijos espúreos por rescrito—La práctica habia limitado dicha legitimacion á los hijos naturales solamente—Aunque no siempre se hubiese exigido acreditar esta calidad, ninguno ha sido legitimado en el concepto de espúreo—La sentencia apelada es un documento notable; pero incide á

pesar de esto, en dos errores sustanciales—Competencia de los Tribunales para resolver sobre la validez de la legitimacion en el caso de que se trata—Conclusion.



*Exma. Cámara:*—En la presente causa que V. E. se ha servido comunicar en vista al Fiscal, se debaten los derechos hereditarios *ab intestato* de los parientes colaterales, en contraposicion al de varios hijos espúreos legitimados por decreto del Gobernador de la Provincia de Buenos Aires en 1866, á una sucesion abierta en 1875, bajo el imperio del nuevo Código Civil que ahora rige, y sujeta por tanto á sus disposiciones.

1° Los hijos legitimados han obtenido ya judicialmente la posesion de los bienes del padre; pero se les reclama á nombre de una hermana y dos sobrinos carnales legítimos de éste, objetándoseles la nulidad de la legitimacion, ya por falta de atribuciones para concederla en la autoridad que que se la acordó, como por vicio de forma que se pretende afectada de *obrepccion* y *subrepcion*, por no haberse manifestado al solicitarse la legitimacion, la calidad de espúreos en aquellos.

Se agrega, además, que aun supuesta la validez de la legitimacion, ningun derecho les corresponderia, porque hallándose regida la herencia de que se trata por el nuevo Código, éste no se los acuerda, y porque habiéndoseles concedido la legitimacion, sin *perjuicio de la sucesion legítima*, que pertenece á los parientes dentro del sexto grado, mientras éstos existieran, no podia aprovecharles para heredar.

Los demandados se han defendido contestando: que la legitimacion *por rescripto* comprensiva de toda clase de hijos ilegítimos, existia en la Legislacion Española, cuando el país se independizó: y habiendo esta continuado en vigencia hasta la publicacion del nuevo Código, el Gobierno pátrio que sucedió al de España, ejerciendo las facultades de que éste se hallaba investido, siguió concediéndola



legitimacion por rescripto sin que en ello hubiera abuso, ni usurpacion de atribuciones.

Que no es exacto que al solicitarse la legitimacion en el caso que nos ocupa, se ocultase la condicion de los hijos, pues que no solo se manifestó explicitamente que eran ilegítimos, calificacion que comprende tambien á los espúreos, sino que con motivo de haberse exigido el que se acreditase que eran naturales, el padre se opuso y dió á entender que eran adulterinos, alegando que en otros casos la legitimacion se habia otorgado sin exigirse tal justificacion, bajo la consideracion de que la legitimacion que se concedia por rescripto, no excluia ninguna clase de hijos, y que él pedia la misma gracia, que en efecto le fué acordada.

Que el nuevo Código, aunque ha suprimido la legitimacion por rescripto, no ha despojado de los derechos adquiridos á los que antes de su publicacion la hubiesen obtenido, pues las nuevas leyes no pueden tener efecto retroactivo en lo que concierne al estado de las personas y su condicion de legítimas; en fin, que la enunciada cláusula del rescripto, *sin perjuicio de la sucesion legitima*, solo se referia á los descendientes legítimos que el solicitante podia llegar á tener y no á todos sus parientes, aun los colaterales.

Otros muchos puntos importantes, así de Derecho Público ó constitucional, cuanto civil, ha comprendido la discusion, íntimamente ligados con los tópicos principales que se acaban de indicar, de los cuales tendrá necesidad de ocuparse el exponente en el decurso de este escrito, habiendo por último recaído sentencia, que desechando los fundamentos de la accion deducida, absuelve del juicio á los demandados; y declara corresponderles la sucesion disputada; resolucion de que se ha apelado.

## I

2. Pocos ó ningun asunto se ha presentado hasta ahora al Fiscal, mas complicado, difícil y oscuro que el presen-





te, regido en parte por la antigua Legislacion Española y en parte por otra completamente diversa, cual es la que se contiene en el nuevo Código Civil, y para cuya resolusion se hace necesario, despues de consultar los antecedentes que existian en la Monarquia absoluta, descender al exámen de los principios que basan el gobierno republicano, proclamado entre nosotros despues de la Revolucion, para deducir hasta qué punto aquellos, en lo que concierne á la materia que nos ocupa, fuesen aplicables en el nuevo régimen.

No basta esto, sino que en seguida, es indispensable tambien descomponer la potestad absoluta del Rey, distribuyendo sus facultades y prerrogativas en los diversos poderes que forman juntos el gobierno democrático con atribuciones limitadas, haciendo entre ellos el deslinde en épocas de confusion, y examinando además la distinta manera de ejercerse por las autoridades de la Nacion y de la Provincia en el Sistema Federal á que llegó el país, despues que caducó el régimen centralista heredado de la Metrópoli.

El Fiscal habria deseado llegar á exponer doctrinas claras, precisas y bien definidas sobre cada uno de los puntos que abarca la discusion, para deducir despues conclusiones seguras y evidentes : en verdad que no ha ahorrado sacrificio alguno en este sentido, prestando al asunto toda la atencion que merece : y haciendo un estudio tan vasto, como se lo han permitido los múltiples deberes de su oficio : no puede, con todo, felicitarse de haber conseguido su objeto, ni de haber obtenido suficiente luz, que le permita emitir sin vacilar un dictamen tan erudito, cual convenia, mediando entre abogados los mas distinguidos é ilustrados.

Debe sin embargo manifestarlo por obligacion indeclinable de su puesto : quizá contribuirá al meros á adelantar la discusion y completar el debate, encaminándolo así á una acertada resolusion, pues que V. E. sabrá estimar con exactitud los fundamentos que alegue, sin atribuirles más



importancia que la que por sí mismos puedan merecer, pero teniendo ocasion de reconocer que el propósito del Fiscal no es otro que el acierto en servicio de la justicia.

3. Aunque ello importe invertir el orden en que han sido tratados por las partes, los diversos puntos cuestionados, cree conveniente empezar su exámen por el que ha sido propuesto en último lugar; si supuesta la validez del decreto de legitimacion asistiría ó no á las demandados derecho á la sucesion que se disputa, ya por las disposiciones del nuevo Código, ya por la cláusula con que se otorgó la legitimacion, de reserva en favor de la sucesion legitima.

A pesar de que el Código Civil vigente en la actualidad suprime efectivamente la legitimacion por rescripto, en cuanto á los hijos que tuviesen su domicilio de origen en la República, arts. 311 y 312, no puede deducirse de ésto que anule tambien las que se hubiesen concedido con anterioridad á su sancion; siendo principio admitido que las nuevas leyes, no pueden aplicarse retroactivamente con relacion al estado de las personas y á las condiciones establecidas para la legitimidad de los hijos, pues el que es legítimo conforme á la Legislacion actual, no puede perder esta calidad, por mas que aquella cambie ó se modifique.

El Código Civil suprime tambien la adopcion de entre los medios de adquirir la patria potestad, declarando sin embargo espresamente, que las que se hubiesen verificado antes, lo mismo que los derechos de los hijos adoptivos, serán regidas por las leyes en vigencia á la época en que el acto jurídico tuvo lugar, art. 4050. ¿Por qué no debería decidirse en igual sentido respecto á la legitimacion por rescripto, cuando manifiestamente existe identidad de razon?

Explicando el autor del Código el alcance de las disposicion que proyectaba y hablando de las adopciones pre-existentes, dice que aplicarles la nueva ley, seria anularlas



retroactivamente: manifestando tambien de un modo explícito, que debe considerarse como derecho adquirido, la legitimidad de los hijos derivada de un matrimonio contraído conforme á las leyes, (nota al artículo 4047) ¿Por qué no lo seria tambien la que se hubiese obtenido por cualquier otro medio legal?

4. Pero habiéndose reglamentado de nuevo las sucesiones en el Código, sin mencionarse para nada los derechos de los hijos legitimados por rescripto, antes de su sancion, y estando regida por sus disposiciones la herencia que se cuestiona ¿Subsistirán sin embargo los expresados derechos? ¿Subsistirian tambien aunque los legitimados de la manera indicada no fuesen hijos naturales, á los cuales el Código les acuerda algunos, sino espúreos, á quienes se los niega enteramente?

El Código, se observa por los demandantes, declara absolutamente incapaces para heredar á los hijos adúlteros, sacrílegos ó incestuosos (art. 344) sin hacer distincion alguna entre legitimados y no legitimados: distincion que por otra parte no habria sido oportuna, desde que segun sus disposiciones, tales hijos no pueden legitimarse: y de consiguiente quedan comprendidos todos sin escepcion, en la incapacidad que contra ellos establece.

Tambien por la Legislacion Española los hijos de dañado y punible ayuntamiento estaban declarados absolutamente incapaces para heredar á sus padres y parientes (Ley 7ª, tít. 8º, Lib. 5º, R. C.); mas ésto no debia extenderse ni tenia aplicacion al caso en que hubiesen obtenido la legitimacion por rescripto: y lo mismo habria de decirse respecto á las disposiciones del nuevo Código, si las legitimaciones por rescripto, como las adopciones otorgadas antes de su publicacion, continuasen regidas por las antiguas leyes.

Cuando el Código llama á la herencia antes que á los ascendientes y colaterales, á los hijos legítimos ó legitimados en general, no hay razon para excluir á los que lo hubiesen sido por rescripto, por más que para lo sucesivo



no admita este medio de legitimar existente en la Legislacion que hasta entonces habia regido.

De otra suerte seria necesario excluir tambien, denegándoles todo derecho sucesorio á los legitimados por rescripto ó por otro medio que no sea el subsiguiente matrimonio, aun en los casos en que por excepcion el Código admite tales medios de legitimacion, como sucede con los hijos que tuviesen su domicilio de origen fuera de la República, al referirse á lo que dispusiesen al respecto las leyes del pais de ese domicilio, (art. 313) consecuencia que no parece equitativa, fundada ni aceptable.

No se ha de entender por esto que vengan á la herencia, aun siendo espúreos, junto con los legitimados por subsiguiente matrimonio, ó que deban recibir la misma porcion hereditaria, lo cual seria equivocado y no se verificaba tampoco bajo el imperio de la antigua Legislacion, sino en el órden que les corresponde á falta de aquellos, á quienes únicamente equipara la ley en todo y por todo á los legítimos. Ley 10, tit. 8º, lib. 5º, R. C., art. 319 del C. C.

5. Esto mismo quiso decir en concepto del Fiscal y significa la cláusula de reserva puesta en el decreto de legitimacion de los demandados, declarando que ésta no perjudicaba *la sucesion legitima* que pudiera tener el recurrente, á saber, que si despues llegaba á tener hijos ó descendientes legítimos, lo heredarían con preferencia á los legitimados, pues así lo disponia la ley XII de Toro y no se intentaba seguramente dispensar en ella.

Es cierto que la frase *sucesion legitima* que vulgarmente equivale á descendencia legitima, jurídicamente hablando, significa la sucesion de los parientes llamados por la ley á la herencia; y parece que tratándose de interpretar un acto jurídico, sus palabras deben tomarse más bien en la acepcion técnica y científica, que no en la comun.

En el caso de que se trata sin embargo, esta regla no puede tener aplicacion acertada; pues aparte de que segun lo acabamos de ver, no faltan antecedentes legislativos que apoyan



el sentido vulgar ó comun, la correlacion que debe existir entre lo pedido y lo resuelto, entre esto último y lo ejecutado en consecuencia, persuade de que la enunciada frase ha sido empleada en el primero de los sentidos indicados. Ley 24, *Dig. de Legibus*.

Al solicitar el recurrente la legitimacion de sus hijos, manifestó que lo hacia procurando asegurarles la herencia de sus bienes y garantizarlos en los derechos que deseaba acordarles : pero si el Gobierno simulando acceder á esta solicitud, solo les hubiese acordado á dichos hijos derechos sucesorios, en defecto de parientes hasta el octavo ó décimo grado, en realidad no se habria conseguido el expresado objeto, pues lejos de asegurarse á los hijos la posesion de los bienes, sus derechos resultaban tan eventuales y tan inciertos, que nada valian.

6. Si el Gobierno se hubiese propuesto en la indicada cláusula restrictiva, salvar los derechos de todos los parientes aun de la línea colateral, no habria dicho, *sin perjuicio de la sucesion que el recurrente pudiera tener*; sino de la que ahora tenga ó pueda tener en lo sucesivo.

En efecto. ¿ Por qué no se salvarian los derechos de los parientes entonces existentes, sino solo de los *que pudiera tener despues?*

Tratándose de descendientes legítimos, la cláusula estaba perfectamente redactada, porque solo habia que salvar los derechos de los que pudiera tener en adelante, pues por entonces constaba que era soltero y no los tenia; pero aplicada á toda la parentela resultaria mal concebida en términos incompletos y deficientes.

Por último, en la escritura que se mandó otorgar y otorgó efectivamente el mismo Gobierno en consecuencia del decreto en que se concedia la legitimacion, y que puede por tanto tomarse como su explicación auténtica, conservándose el sentido de la expresada cláusula, se cambian las palabras, y se dice *sin perjuicio de los descendientes legítimos*.



Podemos entonces dar por terminado el examen del punto que nos ocupaba, dejando establecido, que supuesta la validez del decreto de legitimacion otorgada á los demandados, sus términos no les excluirian de la sucesion cuestionada, como tambien, que á pesar de que el Código Civil no admita para lo sucesivo otro medio de legitimar á los hijos que el subsiguiente matrimonio, nada se encuentra en él, que indique el propósito de anular las legitimaciones por rescripto concedidas antes, las cuales deben regirse por las leyes del tiempo en que se otorgaron; y nada hay tampoco en el sentido de privar á los legitimados de esta manera, de los derechos sucesorios que les correspondiesen.

## I I

7. Mas ¿era válido el decreto de legitimacion que lleva la fecha de Julio de 1866; y al expedirlo el Gobernador de Buenos Aires, procedia en uso de sus legítimas atribuciones?

Cuestion es esta bastante enmarañada y espinosa: pues no podria ser resuelta con acierto, sin tenerse presentes los antecedentes legislativos sobre la materia en la época colonial, y despues muchas consideraciones de muy diversa naturaleza, indispensables para determinar las facultades del Ejecutivo, en el réjimen que le sucedió.

No va el Fiscal á reproducir en todas sus partes la historia bien conocida de la legitimacion, como institucion del Derecho Civil, sino solamente á fijar ciertos puntos capitales que se relacionan estrechamente con la cuestion segun queda planteada, pues es de ellos que deduciremos la naturaleza del acto de que se trata, y las atribuciones que á su respecto, puedan reconocerse ó no en el Gobernador que lo ejecutó, para juzgar entonces de su subsistencia legal ó sea de su validez.

Importa, pues, recordar: que establecida por los Emperadores cristianos la legitimacion por el matrimonio, en favor



de los hijos naturales, es decir, nacidos de padres solteros y que ningun impedimento tenian para casarse, debió admitirse y se introdujo en efecto, otro modo supletorio ó subsidiario, para los casos en que por cualquier causa el matrimonio no fuese posible, el cual medio consistia en elevar al Emperador una súplica relacionando el caso, y pidiendo la legitimacion que se acordaba por medio de un rescripto.

Era, pues, necesario para que tuviese lugar la legitimacion por este medio, que se tratase de hijos naturales; que los padres no los tuviesen legítimos, y en fin, que no les fuese posible el matrimonio por cualquier motivo: tal es la doctrina contenida en las Novelas LXXIV, cap. II y LXXXIX, cap. IX, y la que enseñan tambien unánimemente los espositores: veámoslo.

8. Vinnio, comentando el § 13, tít. 10, Lib. 1º de las Instituciones de Justiniano, al número cinco se expresa así: « Posteriormente se agregó una tercera clase de legitimacion, á saber, la que se hace por rescripto del Príncipe. Por este medio se legitiman los *hijos naturales* á peticion de padre que no tiene descendencia legítima, cuando no puede casarse con la muger de quien los tuvo; porque se haya muerto, rehuse el matrimonio ó haya adoptado costumbres licenciosas. Sin embargo, el Príncipe obrando *ex plenitudine potestatis* podría acordar la legitimacion, aunque el padre tuviese ya hijos legítimos, ó fuese posible el casamiento con la madre de aquellos.»—Comentario tomo 1º, páj. 61.

Hablando Ortolan de la legitimacion por rescripto, dice: « Este modo fué introducido por Justiniano en la Novela LXXIV: consistiendo en obtener del Emperador un rescripto que permitiese la legitimacion; mas era necesario para obtener este permiso, que el padre que lo solicitaba, no tuviese hijos legítimos y que le fuese imposible casarse con la madre de sus *hijos naturales*, porque hubiese muerto, porque hubiese desaparecido ó por cualquier otra razon valledera. » Explicacion Hist. de las Inst., tomo 2º, páj. 106, número 126.



En iguales términos se espresa Mackeldey, tratando esta materia : « La legitimacion por rescripto del Príncipe, dice, *per rescriptum Principis*, se verificaba cuando el Príncipe declaraba, á los *hijos naturales* legitimados á peticion del padre. Pero esta especie de legitimacion no tenia lugar, sino cuando era imposible el matrimonio con la concubina. » Elementos de Derecho Romano, §§ 90 y 589, N° 3.

Son del mismo sentir y explican mas ó ménos en frases equivalentes, la legitimacion por rescripto, los demas autores, estableciendo todos que solo tenia lugar en los hijos naturales, entre ellos Namur. « Curso de Instituta y Derecho Romano, páj. 102, § 79, N° 1°—Mainr, Curso de Derecho Romano, tomo 2°, páj. 97, N° 329—Heinecio, Recitaciones, § 167.

9. La institucion pasó en los mismos términos de los Códigos Romanos á los Españoles ; en estos, principalmente en el Fuero Real y las Partidas, se encuentran consignados diversos modos de legitimarse á los hijos ; siendo sin duda los mas usados y frecuentes, el subsiguiente matrimonio de los padres y el rescripto del Príncipe, pero este último se conserva siempre como subsidiario.

Conviene que V. E. recuerde las palabras mismas de las leyes de la materia contenidas en estos Códigos, porque son capitales « Magüer, dice la 17, tit. 6°, Lib. 3° del Fuero Real, que el fijo (de soltero con soltera segun lo explica la segunda, de barragana ó concubina segun la quinta,) non sea de bendicion ; pero si el Rey le quisiere facer merced, púdalo facer legítimo é sea su heredero. »

« Piden merced, dice la ley 4ª, tit. 15, part. 4ª, los homes á los Emperadores é á los Reyes en cuyo señorío viven, que les fagan legítimos sus fijos que han de barragana. E si caben sus ruegos é los legitiman, son dende adelante legítimos ; é han todas las honras é las proes que han los fijos, que nacen de casamiento derecho, » concordando esta disposicion en cuanto requeria en los hijos, la calidad de naturales, con lo que se deduce de la ley 9, tit. 18, part. 3ª.

10. Pero tratándose de Monarcas absolutos é irresponsa-





bles que se atribuían la plenitud de potestad, sin admitir limitación alguna al ejercicio de sus facultades, no era fácil seguramente que la institución se mantuviera dentro de los términos razonables, que le habían señalado el Derecho Romano y los primeros Códigos Españoles.

Ya el comentador de las Partidas preguntaba si al Soberano, que no estaba sujeto á las leyes sino por encima de ellas, puesto que obrando *ex plenitudine potestatis*, podía muy bien abrogarlas, suspenderlas ó dispensarlas en casos dados, no le sería permitido también legitimar bastardos ó espúreos, adulterinos, sacrílegos ó incestuosos; y tanto aquel célebre expositor, como los demás autores contemporáneos ó posteriores, resuelven sin demora por la afirmativa.

Los Reyes de España, pues, en conformidad á esta doctrina basada en las ideas dominantes, aunque estraviadas acerca de la naturaleza del poder soberano, empezaron á legitimar por rescripto, aunque solo en casos raros y por causas graves, toda especie de hijos ilegítimos; y continuaron en esa práctica perjudicial, irregular y abusiva, hasta los últimos tiempos de su dominación en este país y la reacción de las ideas liberales.

11. Conviene, sin embargo, hacer notar y dejar consignada la diferencia característica y perfectamente marcada que existía, y se reconocía entre la legitimación por rescripto aplicada á los hijos naturales, y la que se acordaba á los espúreos: pues que más tarde tendremos ocasión y necesidad de servirnos de esta distinción directamente aplicable á la cuestión que nos ocupa.

Como la primera se hallaba expresamente autorizada por las leyes, que el Rey al concederla no hacía mas que aplicar á los casos ocurrentes, era considerada regular y ordinaria: pero al contrario, estando prohibida la segunda, que de consiguiente no procedía sino con derogación ó dispensa de la ley, por virtud de la potestad ilimitada y absoluta del Monarca, se reputaba *extraordinaria*; no entendiéndose por esta causa comprendida en la facultad de legitimar concedi-



da por aquel. Covarrubias, Obras completas, tomo 1º, Parte 2ª, cap. 8º, § 8º, N° 35.

Aunque estos principios parecen inconcusos, siendo aceptados unánimemente por los Jurisconsultos y aunque han sido reconocidos también de parte de los demandados, el Fiscal atribuye tanta importancia á la doctrina que de ellos se deriva, con relacion al caso *sub judice* que la considera decisiva, y siente por lo mismo la necesidad de comprobarlos.

12. Molina, de *Justitia et Jure*, se ocupa de la legitimacion por rescripto del Príncipe en el tomo 1º, Trat. 2º, Disp. 173; y diciendo que esta clase de legitimacion comprende también á los hijos espúreos, agrega: porque siendo introducidas todas las inhabilidades por el Derecho positivo, quedan abolidas por la voluntad ó decreto de aquel, á quien este Derecho está subordinado: y al N° 23 mencionando las opiniones de Gomez, Gregorio Lopez y Covarrubias, enseña que por ser contraria á Derecho la legitimacion de los espúreos, es indispensable insertar en el rescripto la cláusula, «sin que obste cualquier disposicion en contrario.»

Covarrubias, en efecto, en el primer tomo de sus «Obras completas,» parte 2ª, cap. 8º, § 8º, tratando la misma materia establece: que la legitimacion de los hijos nacidos de dañado ayuntamiento, debe tenerse mas bien por dispensa que por verdadera legitimacion, por ser prohibida por Derecho, y no poder verificarse sin derogacion de las disposiciones que la rechazan, y por lo mismo debe reputarse odiosa.

Por fin, Elizondo, en su Práctica, Univ. Forense, tomo 5º, páj. 219, N° 25, hablando de la legitimacion de los hijos espúreos que otorgan los Príncipes, explica que esa facultad les viene de la autoridad que tienen para establecer ó abrogar las leyes; indicando claramente con esto, que una tal gracia importa la suspension de aquellas en casos dados.

A esas mismas opiniones dominantes en tiempos de oscurantismo que produjeron prácticas irregulares, abusivas y perjudiciales. se refiere Llamas y Molina, diciendo que los



autores sostenian que podian legitimarse por rescripto del Príncipe los hijos ilegítimos, aun los incestuosos, sacrílegos y demas espúreos, fundándose en que pudiendo el Príncipe abrogar las leyes civiles y conceder dispensa de ellas; y habiéndose introducido la distincion de hijos legítimos ó ilegítimos por las leyes civiles; puesto que en el órden de la naturaleza todos los hijos nacen iguales, podia el Soberano relajar estas leyes, y modificar su aplicacion.—Coment. á las Leyes de Toro, tomo 1º, páj. 260, nota al Nº 17.

Aunque los demandados convienen explícitamente en esta manera de explicar la legitimacion que á veces concedia el Rey á los espúreos, en el alegato de bien probado nos hablan con todo, de las leyes que concedieron á los Monarcas españoles esa facultad, dando á entender con esto que ella era regular, ordinaria y bien fundada.

El Fiscal declara con franqueza, que no conoce tales leyes, ni puede atinar siquiera á qué disposiciones se alude. ¿Fueron sancionadas en Córtes? ¿O fueron obra de los mismos Reyes? En este caso, ¿cómo podian otorgarse de por sí, facultades de que no habian gozado por las leyes fundamentales de la Monarquía?

Las cédulas de 10 de Febrero de 1795 y 21 de Diciembre de 1800, siendo meras disposiciones Reales, ninguna facultad atribuyeron, ni podian atribuir al Monarca de que antes careciese: suponen, es verdad, el hecho y el uso de concederse en ciertos casos, fuera de lo comun, la legitimacion á los espúreos; pero datando este uso de muy atrás, mal puede explicarse por ellas la facultad legal con que se estableció.

La verdadera explicacion es muy diversa: consta positivamente por antecedentes auténticos, que la Monarquía Española en tiempos antiguos, fué templada; compartiendo el Rey el Poder Legislativo con las Córtes. En éstas se sancionaron los Códigos de las Partidas y el Fuero, que como hemos visto, reducian la legitimacion por rescripto á los hijos naturales solamente; y en ellas tambien, en las cele-



bradas en Toro, por los Reyes Católicos, se fijó mas tarde el orden en que dichos Códigos debían regir.

La dinastía austriaca, sin embargo, que se introdujo en España con Carlos I, bien pronto dió por tierra con los fueros de Castilla y Aragon y suprimiendo tambien ó anulando las Córtes, estableció el Gobierno despótico: pronto empezaron á espedirse disposiciones, ordenándose tuviesen la misma fuerza, que si hubiesen sido dadas en Córtes, sin agregarse siquiera, *con cargo de darse cuenta*, como ahora se acostumbra.

El servilismo de los autores contribuyó á cimentar y desarrollar las teorías del Gobierno absoluto, en que el Rey siendo superior á las leyes, lo podia todo desde que declarase obrar extraordinariamente, no obstante las disposiciones en contrario. Podia, pues, tambien de esta manera, legitimar á los espúreos aunque los Códigos no lo permitiesen; tal fué en efecto, el origen de ese uso nada conforme á las instituciones, ni á los verdaderos principios del Derecho Civil.

13. Que tales prácticas en realidad, eran abusivas y de mera corruptela, lo enseña terminantemente Goyena, que respecto á la legitimacion por rescripto del Príncipe se expresa así: « La tal legitimacion no era un uso, sino un abuso de la soberanía usurpada; y como los abusos y usurpaciones no tienen límites, se llegó hasta legitimar á los hijos adulterinos; y los autores lo justificaban, escribiendo con simplicidad, que siendo los Príncipes superiores á las leyes, no se les podia disputar el derecho de dispensarlas.»

« En el Ministerio de Gracia y Justicia obran particularmente respecto de nuestras colonias, los mas escandalosos ejemplares de este abuso, ; legitimaciones de hijos á la par sacrílegos y adulterinos por mayor ó menor cantidad de dinero! » « Concordancias » tomo 1º, páj. 131, art. 118.

En resumen: á pesar de que por las leyes contenidas en los Códigos generales de la Monarquía Española, la legitimacion por rescripto del Príncipe se hallaba limitada á los



hijos naturales, y establecida como medio subsidiario, cuando no fuese posible el matrimonio de los padres, la relajacion de las costumbres por una parte, y por otra la exageracion de las ideas sobre la latitud del Poder Real, que se consideraba superior á las leyes, las cuales le era permitido alterar ó suspender cuando quisiera, hicieron extensiva en la práctica y puramente de hecho, aquella especie de legitimacion aun á los hijos espúreos de cualquier clase que fuesen.

No era sin embargo, una institucion que pudiera hacer considerar derogadas las leyes de Partida y del Fuero Real que restringian la legitimacion á los hijos naturales solamente; sino un procedimiento extraordinario por la plenitud de potestad, fuera de las reglas comunes y que las suspendia en casos particulares, á pesar de que estos pudieran ser frecuentes.

15. Suponiendo, pues, la existencia del hecho y la concesion de tales gracias, como de otras muchas que tenian lugar, las Reales cédulas del 10 de Febrero de 1795 y 21 de Diciembre de 1800 prescribieron que no se otorgasen gratis, sino satisfaciéndose los derechos determinados en una tarifa arancelaria, que se establecia por los motivos y con el objeto que se indicaba.

Se ha pretendido desde entonces equivocadamente, considerar permitida en general la legitimacion de los hijos espúreos, aunque con el reato de la satisfaccion de un impuesto, y el rescripto del Príncipe como un medio ordinario de obtener la legitimacion de aquella clase de hijos; pero en realidad estas disposiciones no tenian ese alcance y nada hay en ellas que autorice semejante suposicion, aunque la introduccion de un impuesto pudiera ciertamente ser incentivo del abuso por el interés de percibirlo.

No era la mente de estas Reales cédulas facilitar la consecucion de la legitimacion de hijos espúreos, estableciendo que hubiera de otorgarse siempre que se satisficiera el impuesto, sino el que en los casos en que, en conformidad á la



práctica hubiera de concederse por causas graves y circunstancias muy especiales, no se diese sin embargo, sino abonándose un derecho ; lo cual por el contrario de lo que se pretende, la habria dificultado y hecho mas rara.

Sobre todo, lo que conviene observar á nuestro propósito y dejarlo claramente demostrado, es que no por virtud de estas disposiciones se desnaturalizó en manera alguna la legitimacion de los hijos espúreos por rescripto, perdiendo su carácter de escepcional y privilegio especialísimo, para convertirse en un recurso ó en un medio comun de legítimar.

Esto es evidente, atendidos los términos de las citadas Reales cédulas, pues en ambas el punto se declara expresamente, desde que al hablar de las indicadas concesiones dicen : « en cuanto á las legitimaciones extraordinarias : » siendo por tanto manifiesto que conservaron siempre este carácter, aun despues de las referidas disposiciones legales, que para nosotros fueron las últimas, habiendo sobrevenido muy luego la Revolucion que independizó este país de la dominacion española.

16. Aquí debe terminar por tanto la reseña que venimos haciendo, de los antecedentes legales recibidos por nosotros de la madre patria, relativos á la institucion que nos incumbe examinar; porque aunque en España la legitimacion haya sido reglamentada posteriormente, suprimiéndose la de los hijos espúreos por decreto de 5 de Agosto de 1818 y la ley de 14 de Abril de 1838, estas disposiciones no rigieron ya en la República, y no han podido producir alteracion en la materia.

No tienen pues, razon los demandantes y proceden equivocadamente, al sostener con respecto á la legitimacion por rescripto, que ya que en 1866 se considerasen en vigor las leyes españolas que la establecian, debia por lo menos aceptarse la institucion, como existia por aquella época en España y con las modificaciones que habia sufrido.

Para nosotros las instituciones que hemos recibido de Es-



pañá, despues de la Independencia, solo han podido ser modificadas por disposiciones patrias; y las que no lo hayan sido de esta suerte, se conservan como se encontraban al separarnos de la Metrópoli, sin que las providencias posteriores adoptadas en ésta, que no tenían ya fuerza legal en la República, hayan podido ejercer influencia alguna para alterarlas.

17. Para descender ahora al exámen de las facultades legales del Gobernador de Buenos Aires en 1866 al objeto de conceder, como concedió la legitimacion de que se trata, y sobre cuya validez versa la cuestion actual, necesitamos hacer ciertas observaciones capitales y establecer ciertas suposiciones que deben servirnos de punto de partida.

Proclamada la independencia política del país, y adoptado el Sistema Republicano, se reconoció inmediatamente como base de nuestro Derecho Público, que el Gobierno patrio habia sucedido al de España en todas sus facultades, regalías y prerogativas, en cuanto lo permitia su diversa índole; y que la Legislacion Española debia continuar y continuaba en vigencia, en cuanto fuese compatible con el nuevo sistema. Apéndice al Memorial Ajustado, Buenos Aires, 1834, Regl. de 1817.

Estas limitaciones, como se comprende fácilmente, eran indispensables; porque estando calcada la antigua Legislacion en las instituciones monárquicas, no podia ser aplicable en absoluto á los democráticas; y habria necesidad de modificarla en su aplicacion.

Mientras el Rey se ballaba investido de una potestad absoluta, obrando en virtud de la cual no reconocia valla, ni obstáculo, la del Jefe de un Estado Republicano y democrático debia ser precisamente limitada, sin que en este pudieran existir autoridades exentas de responsabilidad y superiores á las leyes.

¶ Cuando en la persona del Monarca se reunian todos los Poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, pues que tambien la Justicia se administraba á su nombre, en la República

era un principio esencial ó constitutivo la division de aquellos, que no tardó en establecerse, empezando muy luego á reunirse Congresos; y creándose un Tribunal Superior en reemplazo de la Audiencia, que disfrutaba atribuciones políticas y administrativas.

Otra diferencia surgió en la situacion política del país despues de su independencia, pero mucho antes de la época en que se celebró el acto jurídico que examinamos, sumamente trascendental y muy digna de tenerse en cuenta en la aplicacion de la Legislacion Española, que nos regía, cuál fué la adopcion del Sistema Federal; porque mientras la Monarquia importaba especialmente para las Indias, el régimen mas unitario y centralista, dicho sistema introduciendo la dualidad de Gobiernos en la Administracion, el de la Nacion y el de los Estados subordinados que la componian, dividia el ejercicio de la soberanía y la jurisdiccion. Alberdi-Bases, § 17, páj. 64.

18. Sentadas las bases indicadas, y prosiguiendo nuestro exámen en que procuramos dilucidar el punto en cuestion, debemos averiguar ahora, si la institucion de que se trata, la legitimacion por rescripto, era compatible ó nó con los principios democráticos; si el Gobierno patrio pudo continuar acordando aquella, en los términos en que la concedia el Monarca; á cuál de los Poderes, Ejecutivo ó Legislativo corresponderia el ejercicio de esa atribucion; y en fin, si bajo el Sistema Federal esta debiera considerarse nacional ó provincial.

Por mas que la legitimacion por rescripto fuese abolida en Francia donde desde mucho tiempo atrás han predominado ideas democráticas, y en la mayor parte de las Repúblicas Sud Americanas, aquella no parece en verdad ser opuesta á las instituciones libres, mientras se contraiga únicamente á los hijos naturales, y se le considere un medio supletorio del matrimonio, cuando éste no sea posible entre los padres y ellos carezcan de hijos legítimos, no debiendo decirse otro tanto de la legitimacion de los







espúreos, que necesariamente ha de ser escepcional y constituir un privilegio exhorbitante.

Hemos dicho que el Monarca absoluto procedia de dos maneras muy diversas, ó bien ordinariamente en conformidad á los principios comunes y á las reglas establecidas; ó extraordinariamente prescindiendo de unos y otras por virtud de su potestad ilimitada, *ex plenitudine potestatis*.

Un Jurisconsulto antiguo nos dá una idea exacta de esto enseñando que «cuando el Príncipe ejecuta alguna cosa con la plenitud de su potestad, nadie puede decirle por qué hace esto, pues es superior al Derecho contra el Derecho y contra todo. La plenitud de potestad no está sujeta á nada, ni circumscripita á límites algunos». De Jur. Quæst. cap. 1º, núm. 5.

Tambien el Asesor de Menores Dr. Larsen del Castaño describia con mucha propiedad el uso de las facultades que el Monarca se atribuia en la materia que nos ocupa en estos términos, que juzgamos conveniente reproducir, á fin de completar el concepto que de aquellas deba formarse para poder decidir despues, si se hayan de reconocer ó nó, en el Gobernador que otorgó el rescripto en cuestion.

«Que los Reyes de España, decia el Asesor en esta misma causa, tuviesen facultad para legitimar por rescripto, aun á los hijos adulterinos, es indudable. Ellos por Derecho Divino recibian la potestad de dictar leyes y de abrogarlas; en ellos se concentraba toda autoridad; y podian ejercer plonamente las diversas atribuciones de legislar, juzgar y ejecutar».

Es de por sí evidente que una autoridad de esta clase, completamente arbitraria, ilimitada y que proclamándose superior á las leyes, importaria la Dictadura mas desenfrenada, no podria existir en un Gobierno libre; y como en otra parte, hemos visto ya, que siendo prohibida por Derecho la legitimacion de hijos espúreos, el Rey cuando, ésto no obstante la concedia extraordinariamente, obraba *ex plenitudine potestatis*, es por lo menos harto dudoso que regulari-



zado el régimen político, pudiese existir autoridad alguna facultada para conceder tales legitimaciones.

19. Cuando esa autoridad hubiese existido entre nosotros ¿habría sido el Poder Ejecutivo ó el Legislativo? Aunque la legitimación por rescripto importa siempre excepcion á los principios que determinan el estado de las personas, y establecen las condiciones de la legitimidad, tratándose de aquella con relacion á los hijos naturales, desde que las leyes de Partida declaraban que estos eran susceptibles de ser legitimados por ese medio, bien puede tomarse tal declaracion por una autorizacion general, en virtud de la cual antes el Rey y despues el Ejecutivo, otorgase ordinariamente esa clase de legitimacion.

A pesar de ser materia de ley conceder pensiones, jubilaciones, retiros, licencias y montepios, cuando sobre estas cosas se dictan leyes generales, corresponde sin duda alguna su aplicacion al Ejecutivo, quien resuelve entonces en los casos particulares que ocurren, lo que corresponda, sin usurpacion alguna de atribuciones, por virtud de la autorizacion de que se halla investido.

Otro tanto debe decirse de las dispensas ordinarias para el ejercicio de los derechos civiles, como las emancipaciones en el régimen anterior, la legitimacion de los hijos naturales, suplemento de edad para la administracion de los bienes y otras cosas semejantes que podrian considerarse administrativas, y por la razon expuesta concederlas el Ejecutivo.

Pero la legitimacion extraordinaria, por cuanto se hallaba prohibida, de los hijos espúreos, ya se considere una dispensa no autorizada, segun la clasifican muchos autores, ó bien un privilegio, segun la denomina la ley XII de Toro, habría exigido indispensablemente la intervencion del Poder Legislativo para su validez, y de seguro no correspondia al Ejecutivo.

20. « El privilegio, dice Gutierrez Fernandez, como ley especial ó dispensa de una general, solo puede concederlo



el Poder Legislativo». Tratando en particular de las dispensas, agrega que «no deben considerarse de otra manera que como excepciones concedidas en casos y por motivos previamente determinados. Esto corresponde al Poder Legislativo; la razon y la lógica dicen que solo el que puede ligar por la ley, está facultado para desatar por la dispensa» Estudios fundamentales, tomo 1º, art. 3º, pág. 75 y art. 2º, pág. 127.

El Dr. Esteves Sagüi recordando que en la Provincia de Buenos Aires, el Gobierno fué autorizado por la ley de 24 de Noviembre de 1824, para conceder habilitaciones de edad, solo se explica el ejercicio por parte de aquel, de la facultad de legitimar por rescripto, con la tolerancia de la Legislatura que no habia reclamado; en lo cual manifiesta claramente que en su concepto, dicha facultad no es atribucion ordinaria del Poder Ejecutivo sino de la Legislatura.

Es mas esplicito al respecto el Dr. Ferreira en su notable dictámen fechado en el Paraná en Agosto de 1859, en el cual manifiesta que la legitimacion importa la suspension ó derogacion de una ley comun en favor de un individuo; la que se concedia en uso de la plenitud de la soberania que se reconocia á los Reyes, y se ha mirado despues como incompatible, hasta cierto punto, con el nuevo sistema de Gobierno, á causa de la division de los poderes que existe en el representativo; no pudiendo admitirse la facultad de conceder aquella gracia como del resorte del Ejecutivo, si no se halla autorizado por la Constitucion, ó por los Códigos generales. Coleccion de Vistas Fiscales, núm. XXIV, pág. 101.

21. ¿Qué mas? El mismo Fiscal que dictaminó en la solicitud para la legitimacion que nos ocupa, y que aconsejó al Ejecutivo su concesion, reconocia espresamente que el otorgarla era materia legislativa y atribucion propia de la Asamblea, aunque alegando los mas frívolos y fútiles pretextos, de todo punto inconducentes, concluia por acon-



sejar á aquel que usando tal facultad, accediese á la referida solicitud.

Oigámosle en sus propios términos: «Esta facultad de conceder el rescripto, dice, debiera residir en la Legislatura, como que *ella importa una relajacion*, á las leyes generales sobre sucesiones. Consideraciones de decoro público y honor privado, como algunos casos ocurridos, autorizan á V. E. á hacer la legitimacion sin recurrir á la Asamblea».

¿Puede darse cosa semejante, y cabe invocar motivos menos especiosos y mas descoloridos? El Ejecutivo concluye el decoro público usando una facultad que no le corresponde; por hacer honor á un particular, comete una irregularidad; y en fin le bastan algunos casos ocurridos para considerar haber prescripto una atribucion que reconoce no pertenecerle.

Debe agregarse que si se trataba de la legitimacion extraordinaria de hijos espúreos, no existian los ejemplos que se invocaban, para justificarla, como lo afirmó el Asesor Dr. Tejedor; y que si solo se entendia legitimar hijos naturales, se procedia equivocadamente y se incidia en un error sustancial motivado por la falta de explicacion en la solicitud elevada al Gobierno, que por Derecho anularia la resolucion. Ley 36, tít. 18, P. 5ª.

22. Se ha comparado no sin razon, la legitimacion con el indulto, en cuanto á la facultad de otorgarlo, siendo en realidad resaltante la analogia, pues aquella como este, suprime en casos dados, los efectos de la ley; y esa comparacion puede servirnos mucho de consiguiente para ilustrar la materia que estudiamos, á saber, si por haberse conservado vigente en el país, despues de la Independencia, la Legislacion Española, el Ejecutivo pudiera considerarse investido de la facultad de legitimar, y cual debiera ser el alcance de esta atribucion, comprendiendo ó no á los hijos espúreos.

Es indudable que desde los primeros dias de la Revolucion,



aun con prescindencia de los estatutos patrios que vinieron despues, ó bien en cuanto estos se referian solamente á lo dispuesto en los Códigos Españoles, el Director debia considerarse y se consideró efectivamente, facultado para conceder indultos, en los casos ordinarios y comunes que aquellos los autorizaban, procediendo consiguientemente en ese sentido.

Pero segun las mismas leyes habia delitos esceptuados como el asesinato ú homicidio alevoso, por ejemplo, en que el indulto se hallaba prohibido; lo cual no importaba sin embargo, que nunca el Rey pudiera concederlo, sino que para acordarlo extraordinariamente, tendria que proceder en virtud de su poder absoluto, suspendiendo en el caso la prohibicion legal; y nos parece evidente que en el Gobierno patrio, el Ejecutivo no podia conceder tales indultos correspondiendo esta facultad, mas bien al Poder Legislativo.

Otro tanto debe decirse respecto á la legitimacion por rescripto: como la de los hijos naturales se hallaba autorizada y procedia ordinariamente segun las leyes generales, no sin fundamento, el Ejecutivo pudo creerse y en efecto se reputó facultado para concederla, otorgándola realmente en muchos casos.

No sucedia empero, lo mismo en la legitimacion de hijos espúreos, entre ellos los adulterinos, pues repugnándola las leyes, y no habiéndola concedido el Monarca, sino extraordinariamente, con declaracion de que obraba á pesar de ellas, por la cláusula *no obstante*, esta clase de legitimacion no podia entrar en las atribuciones del Ejecutivo, y habria correspondido mas bien al Poder Legislativo, como el indulto en los delitos esceptuados.

23. Otro de los puntos propuestos para resolucion y que ha sido tópico de largas discusiones, consiste en determinar á cual de los Gobiernos que coexisten en el Sistema Federal, si al de la Nacion ó al Provincial, habria correspondido el ejercicio de la facultad de legitimar por rescripto, caso de



que por haberse conservado esta institucion con las leyes españolas, que continuaron en vigencia despues de la emancipacion política del país, haya de reconocerse tal facultad en sus autoridades.

Por cierto, que en los primeros tiempos despues de la Revolucion y durante la época en que la República se gobernó por el Sistema Unitario, la cuestion no podia presentarse: porque no existiendo mas que un Gobierno, aunque por medio de delegados subalternos extendiera su accion á las Provincias, no habia términos hábiles para la indicada cuestion de atribuciones.

Mas tarde, el año veinte, prevaleciendo el Sistema Federal, que vino al fin á servir de base á la organizacion constitucional, las Provincias proclamaron su independencia y soberanía en el régimen interno; y correspondiéndoles naturalmente en ese sistema el dictar sus propios Códigos, se atribuyeron el derecho de legislar en las materias de aquellos, que ejercieron realmente, sancionando cada una diversas disposiciones.

Al organizarse posteriormente, la Constitucion Nacional reservó al Gobierno Federal la sancion de los Códigos generales; pero no se les prohibió á las Provincias legislar en las materias concernientes á éstos, sino despues que la Nacion los hubiera dado; de suerte que entre tanto aquello se verificaba, ellas conservaban todavia la indicada facultad, art. 67, inc. 11 y art. 108.

24. Así se explica cómo aun despues de regir en toda la República la Constitucion Nacional; pero antes de sancionarse los Códigos por el Congreso, las Provincias pudieron adoptar legalmente, medidas de carácter civil y aun dictar aquellos con carácter provisorio, como la de Buenos Aires que tuvo su Código de Comercio y despues el Criminal; y la de Córdoba que tambien adoptó para sí el Código Fernandino. Ley Nacional de 10 de Setiembre de 1862.

En ello obraron constitucionalmente y sin esceder sus atribuciones como lo reconoce esta ley, y al respecto existe



tambien Jurisprudencia de la Suprema Corte : pues con motivo de haber sido demandada la Municipalidad de Córdoba por don Uladislao Mendoza sobre el pago de vales al portador : habiéndose alegado en el juicio que la Provincia de Córdoba tenía adoptado el expresado Código Fernandino, y que este prohibia los enunciados vales al portador, la Corte los declaró nulos y de ningun valor.

No es un antecedente en contrario, ni mucho menos un argumento suficiente para demostrar que aun antes de la sancion de los Códigos generales, el legislar sobre materias civiles correspondiese privativamente al Congreso, el que en la época de la Confederacion, fuera éste el que legitimó por rescripto á los hijos del General Urquiza, pues procedió, haciendo las veces de la Legislatura en el territorio federalizado para capital y sujeto por tanto exclusivamente á la jurisdiccion nacional.—Art. 67, inc. 27 de la Constitucion.

25. El Congreso no entendió, pues, que siendo incompatibles los principios de la Constitucion Nacional con la legitimacion por rescripto, esta institucion hubiese quedado suprimida y caducado *ipso jure*, con la publicacion y vigencia de aquella, porque, en este supuesto, él tampoco habria podido restablecerla acordando, como acordó, la legitimacion que se le pedia, aunque por cierto no le era permitido obrar contra la Constitucion.

En efecto, la legitimacion por rescripto, participando del carácter de privilegio, podrá ser poco conforme á la índole del Gobierno democrático; pero mientras que ninguna cláusula constitucional la suprimia positivamente, ella existia en la Legislacion antigua que se conservaba en vigor, hasta que fuese reformada, segun se prescribia.

Lo mismo puede decirse de la Constitucion de Buenos Aires, sancionada el año 54, en lo que concierne á la legitimacion ordinaria y comun de los hijos naturales, pues aunque la facultad de acordarla no se enumera especialmente en las atribuciones del Ejecutivo, establecida esta



clase de legitimacion con carácter general, por las leyes que se mantenian en vigor por virtud de lo dispuesto en la misma Constitucion ; art. 130, la facultad de conceder dicha legitimacion respecto al Ejecutivo, bien podria sin violencia alguna, considerarse comprendida en la mision natural que le incumbe, de hacer cumplir, aplicar ó ejecutar las leyes ; y respecto al Poder Legislativo en la de sancionarlas *pro tempore* sobre materias civiles, que hemos visto le correspondia, mientras el Congreso no hubiese dictado los Códigos. Art. 108 de la C. N.

26. Si el derecho del Ejecutivo provincial para legitimar por rescripto se pretende explicar simplemente por la posesion en que se encontraba de esa facultad en 1866, que es lo único pertinente que dijo el Asesor aconsejando en el caso que motiva la cuestion, y tambien todo cuanto se ha alegado ahora en su defensa por los demandados, habria sido necesario por lo menos encerrar esa facultad dentro de los límites en que habia sido ejercitada.

Ahora bien, hasta la fecha del que nos ocupa, el Gobierno solo habia legitimado por decreto hijos naturales, y de consiguiente su facultad se referia únicamente á esta clase de legitimacion, mucho más cuando legalizándose el uso de aquella por el silencio y tácito asentimiento de la Legislatura, éste solo seria aplicable á los casos de la naturaleza de los ocurridos, sin que pudiese demostrarse seguramente, que lo habria prestado igualmente para la legitimacion de hijos adulterinos, incestuosos ó sacrílegos.

Verdad es que los demandados niegan que hasta que ocurrió el caso de su legitimacion, el Ejecutivo se hubiese reducido á concederla únicamente á los hijos naturales, sosteniendo que por el contrario, se habia acordado tambien igual gracia á los espúreos ; mas esta suposicion no es exacta, y no han podido ciertamente justificarla en manera alguna.

Un solo caso se cita en que se pretende haber sido legitimados por rescripto de una vez siete hijos adulterinos, de





pública notoriedad : es posible que esta fuese efectivamente su calidad, pero no se expresó, ni fueron legitimados en ese concepto, sino en el de naturales, por más que no se exigiera comprobarse su condicion de tales, bajo la consideracion de que esto no era necesario, desde que de la legitimacion por rescripto no se excluia ninguna clase de hijos.

No se excluia de un modo absoluto, es cierto, porque el Rey derogando, dispensando ó suspendiendo las leyes, podia legitimar tambien, y legitimaba extraordinariamente á los espúreos *ex plenitudine potestatis*, segun se ha explicado: pero en nuestra forma de Gobierno, ni el Ejecutivo podia proceder de esa suerte, ni le asistia de consiguiente facultad para otorgar esta clase de legitimacion, á la cual pertenece la que motiva la cuestion actual.

27. A este respecto los demandados hacen una observacion que no debe pasar desapercibida, pretendiendo que aunque realmente el Ejecutivo, careciese de atribuciones para legitimar por rescripto, bastaria el que encontrándose en posesion de esa facultad, se la reconociese tambien la opinion comun, para que resultasen y debieran ser tenidas por válidas las legitimaciones acordadas.

Para arribar á esta conclusion, establecen el principio de que el error comun constituye derecho (*error communis facit jus*) lo cual comprueban, por ejemplos : si siendo nombrado un funcionario, dicen, que carezca de las condiciones legales, entra sin embargo á ejercer, y todos lo consideran hábil, sus actos deben tambien considerarse legales ; art. 982 C. C.

Si un escribano cuyas funciones se circunscriben á un territorio determinado, las ejerciese en un lugar que en realidad quedase fuera de aquel, pero que en la opinion general se creia comprendido en él, tales actos deben tambien estimarse legales ; art. 981.

Se tienen, por fin, como válidos los actos del poseedor de la herencia, que aunque no fuese en verdad legítimo he-



redero, era reputado sin embargo tal, y no se anularian seguramente por más que otra persona demostrando mejor derecho, lo venciese en juicio y lo privase de la administracion: art. 3429.

Todo esto es cierto, pero no tiene aplicacion alguna al punto en cuestion, el error comun acerca de los hechos, ó la ignorancia justificada por motivos razonables, excusa, y puede aprovechar para evitar perjuicios; pero no la del Derecho, por más que se apoyase en la opinion comun, que cuando más en el sentir de los autores, alcanzaria á eximir en juicio de la nota de temeridad. L. 9, Dig. *de Jur. et fact ignorantia*, Cap. 12, pár. *notandum* 194—Ley 20, tit. 1º, P. 1ª.—C. C : art. 20.—Gomez, á la ley 1ª de Toro, Nº 9.

### III

28. Solo nos queda por examinar si aparte de la falta de facultades y atribuciones, con que habria procedido el Ejecutivo en la legitimacion de hijos espúreos, en el rescripto que ha dado ocasion á este litis existe tambien, como sostienen los demandantes, un vicio radical de forma, que en todo caso debiera invalidarlo, independientemente de la causal indicada.

Como las gracias y mercedes Reales se concedian las más veces á peticion de parte interesada, y en mérito de un memorial ó súplica en que se contenia la esposicion del caso y relacion de los hechos, la cual no siempre se justificaba previamente, y muy bien podia resultar inexacta: ó porque se hubiese falseado alguna circunstancia ó porque se omitiese otra sustancial, induciendo con esto en error, y arrancando una concesion perjudicial ó injusta, que de otra suerte no se habria otorgado, se estableció por Derecho para evitar los inconvenientes que pudieran resultar, que tales providencias fuesen nulas; y se las pudiese impugnar por los vicios de obrepcion y subrepcion. Ley 22, tit. 1º, libro 2. R. I.—Art. 954 del C. C.



Debiendo, pues, toda solicitud de gracia contener, so pena de nulidad, la relacion exacta y completa de los hechos concernientes al caso, con todas las circunstancias sustanciales, que siendo capaces de desnaturalizarlo, podrian hacerle cambiar de especie, y por lo mismo deberian influir necesariamente en la resolucion, por lo que respecta á la materia que nos ocupa, conviene determinar las circunstancias que se consideraban esenciales, y que debian por tanto espresarse en la solicitud pidiendo el rescripto de legitimacion.

Desde luego, debia manifestarse indispensablemente la calidad de los hijos, que se pretendia legitimar, si eran naturales ó espúreos y de qué clase : pues mientras la legitimacion por rescripto de los primeros se hallaba autorizada en general por las leyes, la de los segundos era opuesta á los principios del Derecho, se consideraba prohibida, y solo se concedia extraordinariamente.

Entre los hijos de la segunda clase la dificultad de concedérseles la legitimacion crecia, á medida que era mayor el vicio de su nacimiento; y de aquí la necesidad de especificarlo : mas aunque solo fuesen naturales, debia espresarse tambien, si sus padres podian casarse, y si tenian sucesion legítima : pues mediando estas condiciones, por lo regular se denegaba : habiendo sido establecida la legitimacion por rescripto solo para los hijos naturales, subsidiariamente, cuando sus padres, careciendo de descendientes legítimos, no pudieran casarse.

29. Tal es la doctrina que se desprende de las disposiciones legales de la materia y de la enseñanza de los autores que la exponen, entre los cuales mencionaremos solamente, algunos de los principales y mas autorizados en lo concerniente á la cuestion á que se refiere el caso *sud judice*.

Tratando esta materia, Murillo establece : que para que la legitimacion por rescripto sea válida, debe espresarse en la solicitud la causa por que se pide, si existen hijos legítimos ; si el que se pretende legitimar, es natural ó espúreo,

y en este último caso si es incestuoso, sacrilego ó adulterino.—Curso de Derecho, tomo II, páj. 107, N° 169.

Covarrubias previene tambien que en la solicitud de legitimacion debe espresarse la calidad del hijo ilegítimo, sin que baste manifestar que es espúreo, pues debe determinarse en particular su clase: y cuando se trate de hijos adulterinos ha de decirse ademas si el adulterio ha sido doble. Obras completas, tomo I, parte 2ª, cap. 8, § 9. Gregorio Lopez, glos. 1ª, á la ley 9, tit. 18, P. 3. Elizondo, Pract. Univ. Forense, tomo 5º, parte II, cap. 8º, páj. 299, N° 25. Escrich, Dic. de Leg. y Jurisp. palabras « Hijo legítimo, » N° 6.

En fin, Molina declara: que para ser válida la legitimacion ó dispensa por rescripto del Principe, es necesario que se le manifieste todo aquello que seria capaz de retrarlo de ella: de lo cual se sigue que debe explicarse si el hijo es natural ó espúreo: y en este caso, si es adulterino, incestuoso ó sacrilego, como tambien si el adulterio ha sido doble: lo cual á tal punto es indispensable, que de lo contrario, el vicio resultante no se subsanaria por las cláusulas que suelen ponerse en el rescripto, de que el Principe obra de ciencia cierta y por la plenitud de su potestad: en duda la legitimacion debe reputarse obrepticia. De Just et Jure. tomo I, tratado 2º, disp. 173, N° 17 y 18.

Ahora bien, en el caso *sub judice*, aunque el padre de los demandados expresó ciertamente en la solicitud pidiendo su legitimacion, que eran ilegítimos, no manifestó como debia hacerlo, que ademas eran espúreos, cuando esa calificacion conviene tambien á los naturales, habiendo entre estos y aquellos sin embargo, gran diferencia por lo que respecta á la legitimacion.

No era pues, bastante esta explicacion para evitar el vicio de obrepcion en el rescripto, lo cual es tan cierto que ni siquiera, habria sido suficiente á ese objeto el decir que eran espúreos, sin detallar su clase de adulterinos, como resuelve





terminantemente Sanchez en su *Tratado de matrimonio*.— Lib. VII, Disp. XXVI, N° 3.

30. Que el recurrente no manifestó el que los hijos que trataba de legitimar eran adulterinos, ó que no lo verificó al ménos con la claridad con que debía hacerlo, es evidente, y lo demuestra la discusion misma que existe sobre este punto, la cual seguramente habria sido imposible, á procederse de otra manera en el expediente seguido para la legitimacion.

En vano se pretende paliar este gravísimo defecto de forma en la solicitud, y explicarse la reticencia que en ella se guardó sobre un punto sustancial so pretexto de cultura en el lenguaje y por consideraciones de decoro : nada podia eximir al recurrente del deber de expresarse con claridad.

Por lo demas, el Fiscal debe notar sobre el particular que no habia necesidad de suponer que el interesado hubiese obrado con malicia ó mala fe, al ocultar la verdadera calidad de los hijos que solicitaba legitimar ; pues mas bien, que de la rescision de un acto jurídico producido por dolo ó error, se trata de la nulidad absoluta resultante de un vicio de forma sustancial y manifiesto, consistente en no haberse expresado una circunstancia esencial, la calidad de los hijos, en el cual vicio se habria incurrido igualmente, aunque solo por inadvertencia, se hubiese dejado de hacer aquella manifestacion.—Murillo, lib. I<sup>a</sup>, tit. 3<sup>o</sup> de los *Rescriptos*, tomo 1<sup>o</sup>, páj. 31, N° 98.

Sin embargo, es imposible desconocer en los términos estudiosamente ambiguos y anfibológicos, así de la solicitud de legitimacion, como de los pedimentos con que la apoyó, el propósito deliberado en el recurrente, de ocultar y encubrir una circunstancia que bien conocia ser perjudicial al objeto que se proponia.

Es indudable tambien que esto importa por separado, un otro vicio radical de nulidad en el acto que se produjo por consecuencia ; sin que como se pretende, la accion para reclamarla los demandantes pueda considerarse prescripta, por-

que entonces no les asistia un interés actual, dependiendo ademas, el ejercicio de aquella, de la calidad de futuros herederos.—C. C., arts. 321 y 3953.

31. Para demostrar el Fiscal lo que antes ha expuesto sobre el silencio calculado que el padre de los demandados guardó sobre la calidad de éstos, en la solicitud de legitimación, cree conveniente examinar los términos de esta súplica extractando algunas de sus cláusulas y emitiendo las observaciones que provocan.

El recurrente empieza por declarar que tenia tres hijos de relaciones ilícitas con una muger que designa con su nombre, pero nó con su apellido, sino dándole solo el del marido, á los cuales hijos habia atendido siempre, y deseaba asegurarles los derechos que las leyes acuerdan á los hijos legitimados; no pudiendo sin embargo, contraer matrimonio con la madre de ellos, por razones que no le parecia del caso exponer, siendo en cierto modo de desdoro para dichos sus hijos.

Que él buscara el remedio mas natural y el que viene á subsanar el daño causado, que es el matrimonio, pero lo que antes habia dicho; á que se agregaba haber tenido la madre otros tres hijos antes que los suyos, hacia imposible la legitimación por ese medio.

Por poco que se estudie la redacción de esta solicitud, y se analicen las frases que en ella se emplean, se advierte sin esfuerzo que todo estaba combinado mañosamente, para encubrir la verdadera condición de los hijos, que eran adúlteros, haciendo comprender que solo eran naturales.

32. En vez de manifestarse esplicitamente, como debia hacerse, que dichos hijos eran nacidos de adulterio, se expresa únicamente que provenian de relaciones ilícitas, que por cierto lo serian siempre moralmente hablando, desde que los padres no fuesen esposos, aunque se hallasen solteros, pero que cuando versan entre casados con otras personas importando delito, tales relaciones se distinguen de aque-





llas: y además de ilícitas, se clasifican como punibles—Gomez, Comment. á la ley IX de Toro, N° 4—Llamas y Molina, á la misma ley, N° 419 y siguientes.

Al designar á la madre no se le dá su apellido con el del marido anteponiendo al último la preposicion *de* segun se acostumbra entre nosotros; porque esto desde luego habria revelado que era una muger casada, sino que se le atribuye solo el apellido del marido, haciendo así sonar el nombre, como de soltera.

Al decir que no podia casarse con la mencionada muger, por haber tenido ésta otros tres hijos, sin espresar que éstos eran legítimos, lo que hacia comprender era, que aquella habia sido de costumbres licenciosas, pues de otra suerte y siendo legítimos tales hijos, desde que no fueron obstáculo al concubinato, mucho menos podian serlo al matrimonio.

El peticionante, agrega: «por razones que no me parece del caso expresar;» esas razones consistian en que siendo los indicados hijos de matrimonio, éste subsistia todavia: y efectivamente era un obstáculo para un segundo casamiento; pero no solo era del caso manifestar esta circunstancia, al contrario de lo que falsamente se exponia, sino un deber indeclinable en el recurrente.—*Esteves Sagui*.—Procedimientos, páj. 745, N°s 1598 y 1599.

Continuando su exposicion añade: «que esas razones son en cierto modo desdorosas para sus hijos;» esas razones, que como se acaba de explicar, consistian en que todavia subsistia el matrimonio de la madre, denunciaban la calidad de adulterinos en los hijos y en efecto, les eran desdorosas, no en cierto modo, segun expresa el suplicante para encubrir las, sino en todas maneras y absolutamente hablando.

Prosiguiendo en su exposicion el solicitante, indica que desde luego el medio natural de legitimar á sus hijos y el que mejor subsanaria el daño seria el matrimonio; pero este concepto era inexacto, porque como el matrimonio solo legitima á los hijos naturales y de ninguna suerte á los adúltero-



rinós, aunque hubiera sido posible el casamiento del recurrente con la madre de sus hijos, estos no habrían sido legitimados. (Sala, Ilust. del Dcho. Real, lib. 1º, tít. 6º, N° 2), según él lo manifestaba, dando á entender en este concepto, que eran naturales.

Por último, incurria en la misma inexactitud y en igual error de concepto, al exponer que la legitimación de sus hijos por el medio ordinario, era imposible á causa de ser irrealizable el matrimonio, cuando según lo acabamos de observar, aunque el matrimonio se hubiera realizado, los hijos no se habrían legitimado por ser adulterinos: y por consiguiénte la verdadera causa de la imposibilidad para emplearse en ese caso el medio ordinario de legitimar, era muy diversa de la que se indicaba, encubriéndose la verdad.

33. Los demandados alegan que al expresar su padre por una parte que ellos eran ilegítimos y por otra que no podía casarse con su madre, indicaba claramente su calidad de adulterinos: tal observación es inexacta: pues habría podido suceder muy bien, que aun siendo naturales, el matrimonio no fuese realizable; y por esto según lo dejamos explicado, en la legitimación de los hijos naturales por rescripto, se exigía ordinariamente para concederla, el que se comprobase que no era posible el matrimonio de los padres.—Novela LXXXIX, cap. 9.—Greg. López, glos. 8ª, á la ley 4ª, título 15, P. 4ª.

Observan también, que habiendo expuesto su padre en la solicitud para legitimarlos, que lo hacía con el objeto de darles su nombre y asegurarles derechos á sus bienes, con esto mismo indicaba claramente, que ellos eran espúreos, y no naturales; pues á serlo, aquel habría podido hacer ambas cosas sin necesidad de legitimarlos: desde que las leyes entonces vigentes, permitían establecer por herederos á los hijos naturales, aun con preferencia á los ascendientes legítimos.—Ley 8ª, tít. 8º, lib. 5º, R. C.

Nadie ha negado que en realidad se tratase de hijos adulterinos: y es también evidente que lo que el padre se pro-





ponia al solicitar la legitimacion, era suprimir la incapacidad que éstos tenían para heredarlo, mas no lo manifestó como debía verificarlo con sinceridad, temiendo sin duda las dificultades que esa declaracion le habria producido ; y prefirió por mas seguro, solicitar la legitimacion de sus hijos, que obtuvo efectivamente, haciéndoles pasar por naturales.

No es cierto que la calidad de adulterinos en éstos pudiera deducirse del objeto manifestado en la solicitud, pues aunque si hubiesen sido naturales, sin legitimarlos, reconociéndoles solamente, el padre pudiera haberles dado su nombre, ellos no lo llevarian legalmente, y aunque tambien pudiese, establecerlos herederos, sin la legitimacion no lo serian forzosos, *ex testamento* y *ab-intestato*, no hubiesen tenido legitima, ni les habria asistido derecho alguno para exigirla todo lo cual adquiririan por la legitimacion.—Escrich, Dic. V « Hijo legitimado, N° 12. »

34. No solo los términos en que fué concebida, la solicitud para la legitimacion, sino tambien el procedimiento seguido hasta concederse, está revelando á las claras en el recurrente el propósito preconcebido de encubrir la calidad de adulterinos de sus hijos, procurando el que se les acordase la legitimacion en el concepto de naturales.

A tal punto es cierto que en dicha solicitud no se expresó la calidad de los hijos cuya legitimacion se pedia, que el Asesor, entendiendo que se trataba de hijos naturales, aconsejó se mandase comprobar los extremos legales, como se ordenó realmente : y tan cierto es tambien que el recurrente no obraba con sinceridad, sino que procuraba ocultar la condicion espúrea de sus hijos, que en vez de declarar no serle posible por esta causa llenar los requisitos que se le exigian ; por el contrario, guardó silencio al respecto, simuló someterse al mencionado proveido y cumplirlo por su parte, con producir á este objeto una informacion incompleta en que se hablaba de todo, ménos del punto principal.

El Asesor no podia dejar de notarlo, y advirtiéndolo esa



deficiencia, exigió positivamente que el interesado comprobase en sus hijos la calidad de naturales.

Tampoco entonces este reconoció que no lo eran, ni confesó que fuesen adulterinos, alegando únicamente para oponerse á producir la justificacion que se le exigia, el que este trámite no era necesario y se habia omitido en otro caso, bajo la consideracion de que la legitimacion por rescripto no excluia ninguna clase de hijos, aunque fuesen espúreos.

35. Así habia sucedido efectivamente; y traído á la vista el expediente de su referencia, se concedió la legitimacion á los demandados, sin haberse acreditado su calidad de naturales; sin embargo fué en el concepto de tales que se les acordó, y ningun antecedente induce á suponer el que se les quisiese legitimar, aun cuando fuesen adulterinos.

Bien podian haberlo sido de pública notoriedad, segun se expone, los hijos á quienes se referia el mencionado expediente agregado; mas en él no figuraban como tales, ni se espresaba que fuesen espúreos, sino que únicamente se omitió la justificacion de la calidad de naturales, bajo la expuesta consideracion de que, ni aun los espúreos estaban excluidos de la legitimacion por rescripto.

Con todo son cosas muy diversas y que no deben confundirse en manera alguna. Así cuando los demandados haciendo notar que su padre, despues de alegar lo ocurrido en el citado expediente, el cual se supone se referia á hijos adulterinos, agregaba que él pedia se le acordase *igual gracia* para sus hijos, pretenden que por esta frase manifestó con claridad su verdadera condicion, no tienen fundamento, pues olvidan que esa frase se referia al concepto que la precede, de que le constaba que en 1861, el superior Gobierno habia concedido á un individuo la gracia de legitimarle siete hijos, *sin otro trámite* que el consejo del Asesor.

No es pues, exacto que por la cláusula que examinamos de un pedimento, el padre de los demandados, manifestando que estos eran adulterinos, solicitara que se les legitimase no obstante como tales; por que lo que en realidad pidió fué



que en el suyo como en el otro caso anterior que mencionaba, no se le exigiese producir informacion para probar que los hijos eran naturales : en lo cual vendría á consistir la igualdad de la gracia.

36. Tampoco es cierto que los Jurisconsultos más notables del país hayan opinado en favor de la legitimacion de los hijos adulterinos, por decreto del Ejecutivo : quizá ninguno ha pensado de esa manera, aunque algunos, que no son sin embargo el mayor número, hayan creido que al solicitar-se la legitimacion de los hijos naturales, se podía omitir la prueba ó justificacion de su calidad, reflexionando que al fin, ni los espúreos se excluian absolutamente de la legitimacion por rescripto.

La cuestion solo se les ha presentado como de trámite y no como de fondo, aunque ciertamente ambas cosas estuviesen bastante relacionadas, siendo de notarse todavia que en la práctica no prevaleció, en verdad, la opinion de prescindirse de todo trámite, segun lo demuestran los mismos expedientes agregados : y por el contrario son rarísimos los casos en que se ha procedido de esa suerte : veámoslo.

En el caso á que se refiere la cuestion actual, que es uno de ellos, el Asesor Dr. Tejedor, consideraba indispensable el que se comprobase la calidad de naturales en los hijos que se trataba de legitimar, afirmando que jamás el Gobierno habia legitimado otra clase de hijos.

37. En la solicitud de D. Patricio Arce, para la legitimacion de varios hijos naturales, despues de examinar la informacion, decia el Fiscal Dr. Moreno : « V. E. debe exigir una justificacion completa de los extremos de la ley, devolviendo el expediente al interesado para que adelante la informacion. » ¿ Para qué esta justificacion tan completa, si fuese cierto que por rescripto se legitimaban los espúreos, lo mismo que los hijos naturales y con igual facilidad ?

En la súplica de D. Manuel Carreras en 1867, para legitimar por rescripto, á un hijo, no solo se comprobó en éste por exigencia del Asesor, la calidad de natural sino tambien



la imposibilidad en que se hallaba el recurrente para legitimarlo casándose con la madre de aquel, y solo llenados cumplidamente estos requisitos se concedió la legitimación, procediéndose de la misma manera en 1868 en la gestión de D. Mariano Dantas, para la legitimación de dos hijos.

En el expediente seguido por D. Justo Carballeda, observaba el Asesor que si bien la información no había recaído como debía sobre la calidad de hijos naturales, de los niños que se trataba de legitimar, resultando ésta acreditada por otros antecedentes, podía acordarse la gracia: dictámen con el cual se conformó el Gobierno en decreto de Julio 25 de 1866.

Verdad es que en la solicitud de D. Augusto la Rocha exponía el Asesor Dr. García: « aun cuando no se ha acreditado la calidad de hija natural en la niña Adelaida, como V. E. está legalmente facultado para legitimar por rescripto, á los hijos ilegítimos de cualquier calidad que sean, se podía acceder á la súplica. » Esto no obstante, la legitimación no se acordó, sino declarándose comprobada la calidad de hija natural en la indicada niña.

Aunque en la solicitud de D. Edmundo Bonheur se expresaba que la madre del niño que pretendía legitimar se hallaba casada, no se decía que fuese adulterino ó que aquel lo hubiese tenido siendo ésta ya casada con otro: y si se le acordó la legitimación, fué en el concepto de hijo natural, como lo declara el decreto fecha 12 de Diciembre de 1870: que se refiere al dictámen del Asesor Dr. Beccar, en el cual esto se halla expreso.

De lo expuesto se deduce que aun cuando haya sido varia la práctica sobre exigirse ó nó, la prévia comprobación de la calidad de hijos naturales, en los que se trataba de legitimar por rescripto, siempre que se les ha acordado efectivamente la legitimación, ha sido sin escepcion alguna, en el concepto de tales, como ha sucedido también en el caso *sub judice*, siendo éste el primero en que se controvierte la validez del rescripto por resultar haber recaído en hijos adulterinos: sin



que de consiguiente, pueda invocarse con fundamento, como se hace sin embargo, el reconocimiento por parte de los Tribunales, de las facultades del Ejecutivo para legitimar hijos espúreos.

38. La sentencia apelada que resuelve la cuestion á favor de la validez del rescripto, aunque es un documento notable en que su autor muestra mucha erudicion, incide con todo en un doble error: no distinguiendo con relacion á la facultad de acordarla, en la legitimacion por rescripto, la de los hijos naturales autorizada en general por las leyes, de la de los espúreos que se consideraba extraordinaria, porque contrariándolas, no podia acordarse sin abrogárselas en casos dados, por la cláusula «no obstante cualquier disposicion en contrario,» la cual solo podia emanar de la plenitud de potestad.—Greg. Lopez, glos. 1<sup>a</sup>, á la ley 9, tit. 18, Part. 3<sup>a</sup> y 8<sup>a</sup>, á la ley 4<sup>a</sup>, tit. 85, Part. 4<sup>a</sup>.

Creyendo haber demostrado que esa facultad, ha debido pasar de manos del Monarca absoluto de España y sus Indias á las del Gobierno patrio Republicano y Democrático, sin reflexionar que éste se compone de tres poderes, y que importando la concesion de la expresada gracia, dispensa y derogacion especial de las leyes, era mas propio y razonable en todo caso, atribuirle al Poder Legislativo, se la reconoce, lo que ciertamente no es admisible, al Ejecutivo, que nunca ejerció sino una parte de la facultad de legitimar, únicamente en cuanto podia considerarse administrativa, es decir, respecto á los hijos naturales.—Ferreyra, Colec. de Vistas Fiscales, páj. 101. N<sup>o</sup> XXIV.

39. Tampoco puede aceptarse la teoria de los demandados, que considerando supremas las facultades administrativas del Ejecutivo, niegan por esto en absoluto á los Tribunales el derecho de discutir la validez de sus actos, por mas que afectando los derechos civiles de los particulares, y pudiendo contrariar las leyes ó las prescripciones constitucionales, vengán á convertirse en casos contenciosos.

Esa facultad es incuestionable en nuestro sistema de Go-



bierno, en que no existen sino poderes limitados, que se equilibran y se controlan recíprocamente, á fin de que no acabe cualquiera de ellos, ensanchando sin límites su esfera de accion, por absorver á los demas, y en que los Tribunales tienen especialmente la mision de mantener ilesta la Constitucion, como ley superior á las demas, dejando sin efecto las disposiciones legales ó administrativas que se le opongan.

Hay mas: aun en el antiguo régimen, la competencia ó intervencion de los Tribunales, toda vez que llegase á resultar perjuicio á los particulares, por la ejecucion de un rescripto ó Real Cédula, era perfectamente procedente y legitima, pues que versando estas con frecuencia sobre materias civiles, bien podian en efecto, agraviar á terceros que no hubiesen sido citados ni oidos.

Ahora bien, estando declarado que no era la intencion del Rey agraviar sus derechos, éstos quedaban á salvo, y aquellos se hallaban autorizados para hacerlos valer oponiéndose á la ejecucion de tales providencias, y alegando los vicios que debieran invalidarlas, especialmente los de obrepacion y subrepcion, respecto á los cuales prescribia la precitada ley 22, tit. 1º, lib. 2º, R. L., que los *Ministros* y *Jueces* obedeciesen y no cumpliesen las cédulas y despachos que los contuvieran. ¿Cómo negar, pues, con fundamento la competencia de los Tribunales en casos semejantes?

40. El Fiscal creyendo haber demostrado la nulidad del rescripto de legitimacion en que los demandados apoyan sus derechos sucesorios á la herencia que se cuestiona, fundando dicha nulidad tanto en la falta de atribuciones del Ejecutivo para conceder la expresada gracia, cuanto en los vicios sustanciales de forma que contiene, opina que aquella corresponde *ab intestato* á los demandantes, como parientes colaterales los mas inmediatos y en grado sucesible, en defecto de ascendientes y descendientes del finado con derecho á heredar; y que así debe declararse en definitiva: revocándose en consecuencia la resolucion apelada de primera Instancia.

Buenos Aires. Noviembre 17 de 1885.

## VISTA V

### DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD

#### SUMARIO:

Desconocimiento de la paternidad, por causa de adulterio y ocultacion del parto, con arreglo al art. 13, tít. 2º, sec. II, lib. 1º del Código Civil—Prueba requerida en tal caso—Diferencia entre éste y el caso previsto en el art. 7º—Contra quien debe dirigirse el juicio de ilegitimidad—Si la madre es parte esencial en él—Valor de sus declaraciones—Toda cuestion de estado se considera de órden público—A quien corresponda la representacion legal del niño—Si el juicio pronunciado á favor de éste, puede anularse por defecto en aquella.

*Erma. Cámara:—*El Fiscal se ha instruido por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, del espediente seguido por don G. D. desconociendo la paternidad de un niño dado á luz por su esposa doña C. en esta Capital el cinco de Julio del año próximo pasado.

El demandante acompañando las cartas de dicha su esposa, que corren de f. 1ª á 4ª; en las cuales, aquella reconoce su infidelidad, al pedirle perdon por ella, agrega que con el objeto de ocultar el parto, cuando este se aproximó, —su esposa abandonó la casa en que el la habia colocado.

Espone tambien que interrumpidas sus relaciones con dicha su esposa por la causa espresada, desde mucho antes de la época de la concepcion del indicado niño, él habia permanecido todo ese tiempo en su estancia situada en un Partido de la Provincia: sin venir á la ciudad sino muy





rara vez : y sin tratar entonces de modo alguno con su referida esposa : por lo cual, acogiéndose á lo dispuesto en el art. 13, tít. XI, sec. II, lib. I, del Código Civil, venia en desconocer su paternidad respecto al espresado niño ; y pedia se declarase que en efecto no le pertenecia.

¿ Ha sido bien fundada esta solicitud ? Los hechos alegados en ella como fundamento, ¿ eran suficientes, considerados en sí mismos ? Se ha sostenido que nó ; por cuanto la residencia del demandante en la campaña, no hacia de todo punto imposible la reunion con su esposa, desde que se confiesa que venia algunas veces á esta ciudad, donde aquella permanecia aunque no fuera, sino muy de tarde en tarde.

Esta observacion es equivocada ó inadmisible : pues se funda en la mala inteligencia de lo dispuesto en el precitado art. 13, que vendria á confundir el caso previsto en él, con el legislado en el art. 7º título y libro citados, cuando en realidad son completamente diversos.

Este artículo al establecer la presuncion de legitimidad en favor de los hijos concebidos durante el matrimonio y dentro de los términos que señala, agrega que solo regirá «sino se probase que habia sido imposible al marido tener acceso con su muger en los ciento veinte dias, de los trescientos que han precedido al nacimiento.

Como esta demostracion seria lo que se llama prueba de evidenciam, justificada por el marido la absoluta imposibilidad de ser el padre del hijo habido por su esposa, no necesitaria acreditar directamente, y por separado el adulterio de aquella, ni seria necesario en fin, comprobar, que el parto le habia sido ocultado, pues esta circunstancia no influiria en la resolucion del caso propuesto.

El previsto por el art. 13 es muy diverso : y así como en el no se requiere la demostracion evidente de haber sido imposible la paternidad, bastando circunstancias que á juicio de los jueces la hagan inverosímil, es indispensable el que se acredite por una parte el adulterio de la esposa, y por otra la ocultacion del parto.





El principio tutelar en el orden social, como indispensable para determinar el estado de las personas, de que debe ser considerado padre legítimo, aquel á quien indica el matrimonio, se funda á su vez en la presuncion de la fidelidad de la esposa.

No basta sin embargo á desvirtuarlo y destruirlo de todo punto el adulterio de la muger; porque podia ser muy bien que habiendo continuado sus relaciones con el marido, á pesar de ser ésta adúltera, el niño que hubiera concebido, fuese con todo, legítimo. *Cum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse.*

Pero si al adulterio se reúne la circunstancia de habersele ocultado al marido, por la muger, su parto, que denota la persuacion de parte de ésta de que el hijo que daba á luz, no pertenecia á su marido, la ley ha considerado entónces, estos antecedentes, suficientes á neutralizar la presuncion de legitimidad, que protege á los hijos nacidos durante el matrimonio; y ha creído que haciéndola cesar, debia permitir al marido aducir, y á los jueces apreciar libremente, los demas datos que pudieran hacer forinar concepto de la verdad.

No es neceraria entónces lo repetimos, una prueba de evidencia: y supuestos el adulterio y la ocultacion del parto, creeríamos suficiente cualquiera que demostrase ser lo mas probable que el niño no pertenece al marido.

«El marido, dice el art. 13, no puede desconocer el hijo, —dando por causa el adulterio de la muger, ó su impotencia anterior al matrimonio. Pero si á mas del adulterio de la muger, el parto le fuese ocultado, el marido podrá probar todos los hechos que justifiquen el desconocimiento del hijo».

Como puede notarse por el texto de este artículo, la justificacion en el caso de que se trata, podrá venir á la vez de diversos hechos adminiculativos, aunque quizá ninguno de ellos fuese concluyente por sí solo, cual lo seria, sin duda, la demostracion de la imposibilidad fisica del acceso con la muger.



Así lo entiende y espone el Dr. Segovia, explicando el artículo que nos ocupa. « Los hechos, dice, que justifiquen el desconocimiento del hijo por el marido, á mas de la impotencia posterior al matrimonio, podrian ser, entre otros, la decrepitud, la salud valetudinaria, la distancia que existia entre las residencias del marido y de la muger, durante el periodo de la concepcion, la desinteligencia que en esa época reinaba entre los esposos».

«Como la suficiencia de las pruebas suministradas por el marido para justificar el desconocimiento del hijo, no seria siempre irrefragable y de aquellas que quiten todo motivo de duda, habrá de quedar muchas veces abandonada á la apreciacion prudente de los jueces». Explicacion y crítica del Código Civil, tom. 1º, páj. 67, nota 6ª.

Nada mas razonable y fundado, por otra parte, que esta doctrina. Supongamos que se trata de un hombre anciano, decadente y valetudinario, que ha dejado hace ya mucho tiempo de tener hijos, á pesar de conservarse su muger relativamente joven.

Supongamos tambien, que á las circunstancias del adulterio y la ocultacion del parto, se reuna la de haber tenido lugar aquel con un hombre joven y vigoroso.

¿ Quien dudaria ser este el que habia fecundado á la muger ? Nadie seguramente: seria por cierto de todo punto injusto atribuir este hijo al marido y sin embargo, en realidad no existiria prueba evidente de que no le pertenecia.

Marcadé, ocupándose de los arts. 312 y 313 del Código Napoleón, del cual han sido tomados los del nuestro, de que ahora se trata, y explicando la accion que corresponde al marido para desconocer su paternidad respecto á los hijos habidos por la esposa durante el matrimonio, los cuales por Derecho se presumen suyos, dice : que la expresada accion puede tener lugar en tres casos diferentes.

Estos son : 1º Demostrando la absoluta imposibilidad para haber tenido acceso con aquella, por la época en que debió



hacerse embarazada : sobre lo que es obligado á producir prueba completa.—2º Cuando han habido adulterio y ocultacion del parto ; produciendo datos suficientes que hagan presumir que en efecto el niño no le pertenece.—3º En fin, cuando la muger ha tenido al hijo, estando divorciada de su marido, debiendo producir la misma justificacion que en el anterior, cuya apreciacion queda librada al prudente criterio del Juez ; pero sin requerirse una demostracion concluyente—Explicacion del Código Civil, lib. I, tit. VII.

Haciendo ahora aplicacion de estos principios al caso *sub judice* : supuestos el adulterio y la ocultacion del parto, es indudable que si el marido residiendo en la campaña á larga distancia, no venia á esta ciudad sino muy rara vez ; y su esposa entre tanto habia establecido otras relaciones permanentes, el hijo que concibió y dió á luz debe suponerse con mayor probabilidad, que perteneciera á su amante, y no á dicho su marido, aun en el supuesto de que este no hubiese cortado de todo punto, sus relaciones con ella.

Deduce de aqui el Fiscal, que la demanda entablada por el marido, desconociendo la paternidad del niño dado á luz por su esposa, en la fecha indicada, en sí misma ha sido suficientemente fundada : y en esa hipótesis, solo queda por averiguar si los fundamentos alegados resultan tambien legalmente comprobados.

A este respecto hay que recordar que la prueba producida por el demandante se reduce exclusivamente á no haber desconocido de un modo expreso su señora las cartas de fojas 1ª á 4ª, y no haber comparecido á absolver las posiciones que le fueron propuestas, es decir, en resumen á la confesion ficta de la muger, que por otra parte, al contestar la demanda negó positivamente los hechos que la fundaban.

¿ Debe considerarse suficiente y legal esta prueba, para que el niño de que se trata, haya de ser declarado ilegítimo ?

En cualquier pleito seria mas que dudoso que el demandado pudiera ser condenado, sin otra prueba alguna que su confesion ficta desde que la ley I, tit. II, lib. IV, R. C.,



hablando de la confesion ficta que induce la falta de contestacion á la demanda, previene « que dende en adelante el Juzgador vaya por el pleito adelante á recibir testigos del demandador, ú otras pruebas que hobera para probar su intencion : así como si el pleito fuese contestado. »

Sobre estas palabras de dicha ley, el Conde de la Cañada hace justamente la observacion siguiente : « si el Juzgador debe ir por el pleito adelante, manifiesta claramente que no tiene lo suficiente en la confesion del que por rebeldía no ha venido á contestar la demanda para condenarlo en lo que el actor pide : y si el fin de ir por el pleito adelante es para recibir testigos del demandador, ú otras pruebas que hubiese para probar su intencion, parece que no la tenia bien fundada en la confesion, presunta del demandado. » De los juicios civiles, tom. 1º, parte 1ª, cap. 4º, Nº 29.

Si esto sucede en regla general y en los juicios comunes, que no se considera suficiente prueba para condenar al demandado, su confesion ficta : mucho menos puede admitirse como bastante respecto de aquellos en que no se ventila solamente un interés privado, sino que interesan tambien al orden público, como en los que se controvierte el estado de las personas.

En cuestiones de esta clase, la resolucion no puede en manera alguna quedar librada de un modo absoluto á la voluntad de las partes, ni depender tampoco de todo punto, de la manera en que ellas se defiendan.

No creemos opuestas á esta doctrina las disposiciones de la ley de Procedimientos, en los arts. 100, inc. 1º, 133 y 134, declarando que el demandado debe responder categóricamente sobre los hechos afirmados por el demandante en la demanda ó en las posiciones : pudiendo sus respuestas oscuras ó evasivas interpretarse como confesion : y debiendo serlo á peticion de parte, la falta de contestacion á la demanda : en cuya virtud el actor obtendrá lo que pida, siendo justo : porque estas disposiciones no establecen positiva-



mente que baste por sí sola, la confesion ficta para condenar al rebelde.

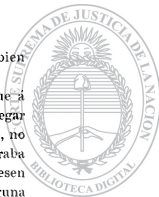
Tambien por la Legislacion Española, éste no solo podia, sino que debia ser tenido por confeso : á pesar de lo cual se dudaba seriamente sobre el alcance y valor de la confesion ficta : y como se ha explicado no se la consideraba prueba plena y suficiente de por sí á fundar la condenacion, desde que prevenia la ley, que el juicio debia continuar : lo que no sucede habiendo verdadera confesion.

Ahora bien, el art. 324 de la mencionada ley de Procedimientos ordena igualmente que el juicio se reciba á prueba si el Juez lo estimare necesario ; lo cual no habiéndose opuesto excepcion alguna, no puede referirse sino á la suposicion de que la demanda no resulte probada mas que por la confesion ficta del reo : de suerte que, cuando se declara que por falta de contestacion á la demanda, el actor obtendrá lo que pide siendo justo, lo que se exige es no solo el que la peticion se deduzca segun Derecho, de los hechos expuestos, sino tambien que éstos resulten plenamente justificados, porque ademas de la confesion ficta aparezcan algunos otros antecedentes que la corroboren.

Así pues, no porque la madre dejase de contestar la demanda en tiempo oportuno, ó descuidase comparecer á absolver las posiciones que le fuesen propuestas, seria admisible, el que sin otra prueba, y sin averiguarse de otra manera la verdad de los hechos, el hijo que quisiese desconocer el marido, aunque nacido durante el matrimonio, fuese tenido por bastardo.

La presuncion de legitimidad de los hijos nacidos en esta condicion, no tanto ha sido establecida en favor de ellos mismos, ó para poner á cubierto de indagaciones temerarias, el honor de las esposas, cuanto por necesidades del orden social, que exigia determinar en este con fijeza, el estado de las personas.

De aquí es el que en ningun tiempo, la Legislacion ha dado una importancia decisiva á las declaraciones de la ma-



dre, perjudiciales á la legitimidad de sus hijos y antes bien muchas veces las ha privado de todo valor legal.

Así la ley IX, tit. XIV, Partida III, previniendo que á veces las mugeres por enojo con sus maridos llegan á negar que le pertenezcan los hijos que han concebido de ellos, no obstante hallarse casadas y en comunidad de vida, declaraba « que por tales palabras que el padre ó la madre dijese[n] non debe el fijo ser desheredado, nin le empese en ninguna manera. »

Así tambien el art. 16, tit. 2º, sec. 2ª, lib. 1º del Código Civil, establece : « que cualquiera declaracion ó confesion de la madre, afirmando ó negando la paternidad del marido no hará prueba alguna. »

Por otra parte, si bien es cierto que en la demanda del marido sobre desconocimiento de la legitimidad de un hijo, no deja de ser interesada la muger, porque sin duda alguna, compromete su honor, no es ella sin embargo, la parte principal, sino el niño, cuyo estado de hijo legítimo, se controvierte : y trata de privársele.

De aquí es el que en algunos Códigos, como en el proyecto de Freitas, art. 1479, se establece el que la madre no será citada ni podrá intervenir en el proceso ; que cualquier confesion, juramento ó declaracion de su parte, afirmando ó negando la paternidad del marido, no hará prueba alguna ; y el que en otros como en el de Chile, art. 188, se dispone que la madre será citada, pero no obligada á aparecer en el juicio ; no admitiéndose su testimonio, aunque declarase haber concebido el hijo en adulterio.

Como se ve pues por estas disposiciones, las que quitan todo valor á la declaracion de la madre, contra la legitimidad de sus hijos, no se refieren solamente á las declaraciones extrajudiciales, sino tambien á las que pueda hacer en juicio.

Así lo entiende el Sr. Lira, explicando que hay ciertos negocios en que no vale la confesion judicial, como sucede con el testimonio de la madre, que en el juicio de legitimidad



del hijo, declara haberlo concebido en adulterio.—Prontuario de los juicios, tom. 2º, páj. 99 : y el Sr. Carabantes, exigiendo para la validez de la confesion el que no sea contra las leyes, como la que hiciese una madre, de que no es de su marido, sino de otro el hijo que ha tenido durante el matrimonio, pues tal asercion es contraria á la presuncion de Derecho.—Procedimientos Judiciales, tom. 2º, páj. 182, N° 846.

Ademas de que, segun hemos visto, la madre no es parte principal en el juicio de legitimidad, contra su hijo, tampoco puede competirle en manera alguna, su representacion judicial : lo cual es bien fácil de demostrar.

Sí durante el juicio el niño, de cuyo estado se trata, ha de ser considerado legítimo ó en posesion por lo menos de la legitimidad: su representacion, que solo pudiera corresponder á la madre en virtud á la patria potestad, no le competiria ciertamente : pues solo por fallecimiento del padre, aquella entra en el ejercicio de la patria potestad : no teniéndola absolutamente, ni de consiguiente tampoco su representacion, respecto á los hijos adulterinos.—Articulos 42, tit. 3º y 21, tit. 5º, sec. 2ª, lib. 4º, C. C.

Es verdad que de estas mismas consideraciones, cuya exactitud reconoce el demandante, al sostener que el niño cuya legitimidad desconoce, debió ser representado por un tutor especial : sin haberlo sido, no obstante efectivamente, intenta deducir la nulidad del juicio y de todo lo obrado.

Mas aun que realmente los actos celebrados con menores de edad, que no se encuentran debidamente representados, claudican y pueden rescindirse, esto se verifica solamente á solicitud de ellos mismos : y no del que contrata con un menor, segun la declaracion contenida en el art. 13, tit. 6º, sec. 2ª, lib. 2º del Código Civil, de que : « la persona capaz, no puede pedir ni alegar la nulidad del acto, fundándose en la incapacidad de la otra parte : como no puede pedirla tampoco, por razon de violencia, intimidacion ó dolo, el mismo que lo causó, ni por el error de la otra parte, el que lo ocasionó. »



En materia de Procedimientos, tenemos tambien, que siendo verdad, que el menor de edad carece de personería, para estar en juicio : y que por esta razon, el que hubiese de demandarlo, debe empezar por pedir que se le nombre un guardador, no por eso el juicio seguido en otra forma, seria absolutamente nulo, sino solo, en cuanto perjudicase al menor.

Asi lo resuelve expresamente el Derecho de Partidas, por estas palabras : « E el que de otra guisa fiesse demanda contra atal persona, que non obiese edad complida, si el juicio fuese dado contra el demandado, non debe valer ; é si fuese dado en su favor, é á daño del demandador es valedero. » — Leyes XI, tit. XII.—XI, tit. II y III, tit. V, P. III.

Síguese de aquí que si la sentencia apelada hubiese sido desfavorable al niño hijo de la demandada porque efectivamente hubiese declarado su ilegitimidad, tal resolucion habria sido nula, por haber carecido el menor de tutor especial ; pero que no sucede lo mismo siéndole por el contrario favorable, y que en todo caso, el derecho de intentar este recurso no habria correspondido al apelante.

Entretanto su reconocimiento de la falta de representacion en doña C. respecto al hijo cuyo estado se controvierte, pone de manifiesto, que no puede valer contra este su confesion, aun cuando fuese real : y que mucho menos podria ser condenado con la confesion ficta de aquella solamente.

Tales son, Exmo. Señor, las consideraciones de Derecho, que obran en el ánimo del Fiscal para inducirlo á aceptar, como acepta, por justa y acertada, la resolucion de que se ha apelado pronunciada en 1ª Instancia : opinando en consecuencia, que debe confirmarse.

Buenos Aires, Noviembre 27 de 1883.



## VISTA VI

### REDENCION DE CAPELLANIAS

#### SUMARIO:

La Capellanía de que se trata comprende el valor íntegro de la casa en que está situada; y no consiste en un capital determinado—De consiguiente para redimirla, no basta depositar un valor cuya renta alcance á cubrir las cargas, sino que debería depositarse íntegro el precio de la finca—Así lo prescriben los principios del Derecho, y el punto ha sido también resuelto ya anteriormente—No siendo dado á nadie cambiar de por sí la calidad de su posesion; y habiendo adquirido la reclamante como patrona y usufructuaria la de la finca capellanica, mal puede ahora pretenderse dueña—Siendo estas instituciones perpétuas por su naturaleza, tal debe suponerse también á no expresarse otra cosa, la Capellanía en cuestion—No dejaría de serlo, porque llegase á faltar sucesor en el órden de sucesion establecido por la fundadora; pues entonces vendria el órden regular ó comun—No es exacto que la institucion dejara de menoscabarse aunque se le disminuyera el capital, desde que su renta alcanzase todavia, á cubrir las cargas de la Capellanía—Aquello no podría verificarse legalmente, por mas que de su parte lo consintiese el sucesor inmediato—Aunque el Código hubiese prohibido la fundacion de Capellanías, no habria con esto solo, suprimido las existentes, á no determinarlo así expresamente—El Código no ha legislado en la materia; y ésta por tanto queda sujeta á la reglamentacion de cada Provincia—En la de Buenos Aires solo estaba prohibida la fundacion de Capellanías sobre bienes raíces—Podian establecerse con todo, entregándose el capital al Banco, y constituyéndose así una renta perpétua—Las disposiciones del Código Civil, sin suprimir la institucion sobre la cual no ha legislado, solo pueden influir en el modo y forma de la fundacion de Capellanías—El Código suprime los censos y rentas perpétuas sobre bienes raíces; pero no las que se constituyan de otra manera—Opinion del Dr. Moreno sobre que en esto debe estarse á la legislacion especial de cada Provincia—Cuando el Patronato se atribuya al Metropolitano, no existirá aparienciá alguna de sustitucion.





*Erma. Cámara:*—Si se examinan atentamente, los términos de la cláusula 10 del testamento otorgado por D<sup>a</sup> Elena de Oro, el año 1801, por la cual ordenó la fundacion de la capellanía de que se trata, y el tenor de la escritura de f. 1<sup>a</sup> á f. 8<sup>a</sup> por la que se verificó efectivamente la indicada fundacion, no puede dudarse que dicha Capellanía consiste en la casa misma que se quiere libertar de este gravámen, comprendiendo de consiguiente su valor íntegro, el que habria que depositar para hacer la redencion.

Segun los términos de la indicada cláusula testamentaria, la enunciada Capellanía debia fundarse con el remanente de los bienes de la testadora, deducidos los gastos y obligaciones que determina; sin que aparezca antecedente alguno que demuestre ó indique, siquiera, que el importe del remanente solo alcanzase á ochocientos pesos ú otra cantidad cualquiera, inferior al valor total de la finca.

Por el contrario, la escritura de la fundacion de la capellanía declara en términos espresos, que esta consiste en la casa misma ó sea su valor total; pues en ese documento se encuentran estas frases: «establece como vá explicado, esta fundacion á *perpetuidad*, en el *total valor* que ella *representa*. . . . . quedando como queda la mencionada casa gravada é hipotecada en su *íntegro valor*. . . . . sin que pueda ser enagenada, mientras reconozca esta responsabilidad».

Ni se diga que, si bien el íntegro valor de la casa respondia como hipoteca, del capital de la capellanía, este era inferior á aquel; pues entónces no se habria prohibido la enagenacion, que en nada podia perjudicarle, porque una finca gravada con censo ó hipoteca de un valor determinado, pasa al tercer poseedor con el mismo gravámen.

Es de notarse que, la peticionante no solamente asintió de un modo positivo á los términos referidos de la fundacion, sino que en su virtud continuó poseyendo la casa en cuestion, que habia recibido por fallecimiento de su hermana mayor, no á título de herencia, ni como propietaria, y si, solo en calidad de patrona y usufructuaria.



Si la Capellanía no hubiese comprendido todo el valor de la casa en que existía, ó no hubiese consistido en la casa misma, habrían sido cosas muy diversas, la propiedad de ésta y el patronato de la Capellanía; y aún cuando este hubiese correspondido á la actual tenedora de la finca segun el órden de sucesion establecido por la testadora, la propiedad habria pasado á los herederos del primer poseedor.

Esto no ha sucedido sin embargo, ni podia suceder así : pues que la testadora D<sup>a</sup> Elena, hablando de la casa en que se fundaria la Capellanía, supone expresamente, que pasaria, y ordenaba que pasase, á las personas que señalaba por patronas, de quienes dice, que la disfrutarán ó la mirarán, como cosa suya : lo cual indica que no lo serian realmente, porque de otra suerte, ni la comparacion era posible, ni semejante prevencion tenia objeto.

Ella se referia pues, á la calidad de usufructuarios en los poseedores, que á condicion de satisfacer las cargas impuestas y de no enagenar la finca, les permitiria efectivamente disfrutarla casi como dueños.

En vano la demandante para explicar, el que habiendo entrado en posesion de la casa en concepto de patrona de la Capellanía y de consiguiente no mas que usufructuaria de aquella : á pesar de no serle permitido cambiar la clase de su posesion (art. 3<sup>o</sup>, tít. II, lib. 3<sup>o</sup>, C. C ; ) hoy se pretende no obstante propietaria : supone que en el testamento de D<sup>a</sup> Elena, á mas de la Capellanía, cuyo patronato debia seguir el órden de sucesion, que establecia entre las personas que determinaba, hubo tambien un legado de propiedad con sustitucion.

No ha habido tal legado de propiedad, ni tal sustitucion: pues ni una, ni otra cosa se encuentra en el citado testamento, en el cual tampoco existe indicacion alguna al respecto: y léjos de esto aparece en autos, que los anteriores poseedores de la casa, solo la ocuparon y retuvieron como patronos de la Capellanía, sin atribuirse otro título, ni pretender mas derechos que el que éste les conferia.



En vano tambien, contra el tenor expreso de ambos documentos, la cláusula testamentaria y la escritura de fundacion, se sostiene que la Capellanía no debia ser perpétua, y que solamente debia de durar hasta venir á parar en la última de las personas designadas para suceder en el patronato, que es precisamente la demandante.

Aunque nada se declarase al respecto en los mencionados documentos, la Capellanía deberia considerarse perpétua, por la naturaleza misma de esta clase de instituciones, que regularmente lo son, como cualquier otra vinculacion cuyas reglas siguen; mas no sucede así, porque en la parte antes transcripta, de la escritura de fundacion, se declara terminantemente que se hacia á perpetuidad.

Aun cuando nada se proveyese en el testamento respecto á la sucesion en el patronato de la Capellanía, despues de las personas que designaba nominalmente, no por eso se pudiera inferir que llegado el caso del fallecimiento de la última, la institucion caducaria; porque lo mismo que en los mayorazgos vendria entónces el orden regular establecido para la sucesion de la Corona *ubi homo loquitur lex silet*; é invirtiendo: cuando el hombre calla, habla la ley. Gomez comentario á la ley L. de Toro N° 64.

Pero no es exacto, como se ha supuesto equivocadamente, que la testadora nada hubiese dispuesto para despues del fallecimiento del último de los patronos llamados nominalmente; pues la cláusula testamentaria agrega: «guardando en todo, el orden de patronato y sucesion segun y como se halla explicado en la pía memoria antedicha, fundada por muerte de mi finado esposo D. Juan Vazquez.»

En 1795 efectivamente, la testadora habia fundado otra Capellanía, con capital de ochocientos pesos, para que se dijese varias misas por el alma de su esposo; y sin duda en la escritura habia establecido un orden completo para la sucesion en el patronato, razon por la que al formalizar la segunda, que es de la que se trata, á fin de evitar repeticiones, despues de designar varios patronos sucesivos, ordena se



esté á lo establecido en la primera fundacion, en cuanto al orden de sucesion.

Con referencia á esa Capellanía ó memoria pía, anteriormente establecida, se indica en la escritura de fundacion de la segunda, que esta tendria la misma pension que la primera: de lo cual se ha querido inferir, que tambien el capital debia ser igual, es decir de ochocientos pesos, que era el que se habia señalado á la mencionada memoria pía.

Esta deduccion sin embargo, no es lógica ni admisible: porque léjos de ser siempre una misma en las Capellanías, la proporcion entre el importe de las cargas y la renta, aquella proporcion variaba mucho y de consiguiente podian ser, y eran efectivamente, mas ó menos provechosas al patrono, aunque, cuando tenian un capital determinado, la tasa de la renta con relacion á este, solia ser invariablemente, el cinco por ciento, que era tambien la de los censos—Ley 12, tit. 15, lib. 5º, R. C.

Tenemos pues que se trata, no de un censo establecido en la finca para sostener cierta fundacion piadosa sino de una finca capellanica; porque no responde de un capital determinado, sino que todo su valor constituye el capital de la fundacion, sin que fuera de él, quede accion alguna en la finca que pertenezca en propiedad á la poseedora.

En este concepto es evidente que la redencion de que se trata, no puede hacerse como fundadamente lo ha sostenido el Fiscal Eclesiástico, sino consignando el valor íntegro de la referida finca, y no solamente, el que baste á producir una renta suficiente á costear la carga de la Capellanía: porque ninguna disposicion legal, ni principio jurídico autoriza á la actual tenedora á reducir el capital, para adjudicarse el sobrante, que ciertamente no le pertenece.

Las Capellanías, aunque tuviesen realmente el grave inconveniente de amortizar las fincas, que es el que ha tratado de salvar la ley del 58, al permitir la redencion, se han considerado no obstante de interés público, por cuanto fa-



vorecian el sostenimiento del culto, proveyendo á la manutencion de sus ministros.

Es pues inaceptable el argumento que se hace para justificar la redencion en la forma que se propone, reduciendo sobre manera el capital de la Capellanía, de que se trata, con el consentimiento de las personas á quienes mas tarde vendria á corresponder el patronato ; porque si bien podrian renunciar sus derechos individuales, los concedidos por miras de orden público, no son susceptibles, ni pueden ser materia de renuncia.—Art. 5º, tit. VI, sec. 1ª, lib. 2º, C. C.

Que en la forma en que se verifique la redencion de las Capellanías, haya efectivamente envuelto un interés público; y el que así lo considere la ley, lo prueba la intervencion que en esta clase de asuntos acuerda al Fiscal, que no defiende ningun derecho privado, ningun interés particular, sino que únicamente representa la causa pública.—Art. 110, inc. 1º, de la ley de 15 de Diciembre de 1881.

Siendo el capital la garantía de la pension con que deben cubrirse las cargas de la Capellanía, no es exacto que en reducirlo sobre manera, tal vez á una vigésima parte, ningun perjuicio hubiese para la Iglesia ; y cuando conviniese reducir esta garantía, por ser realmente excesiva, nada autorizaria á la solicitante para apropiarse el excedente sin título alguno, y contra la mente de la testadora, que ciertamente no fué la de legarle la propiedad.

Como lo ha expuesto con verdad y exactitud, el Fiscal Eclesiástico, á mas de indicarlo así todos los principios del Derecho, es cosa resuelta ya tambien por los Tribunales, el que la redencion de una Capellanía que comprende como capital, el valor íntegro de la finca en que se hallare establecida, debe hacerse depositando este mismo valor, y no lo que baste á cubrir con la renta, las cargas de la fundacion.—Revista de Leg. y Jurisp., tom. 2º, páj. 33.

Así lo resolvió realmente, el Juez Dr. Echeverría por sentencia de 23 Octubre de 1865 en que con relacion al caso espresado, observaba : «que la voluntad del testador habia



sido sin duda beneficiar á todos los patronos, que segun el órden establecido, debian disfrutar de esa Capellanía; la que dejaria de existir si el capital se convirtiera en una suma que solo diera la renta para satisfacer la carga, yendo el excedente del valor de la finca á beneficiar al patrono actual, en perjuicio de los que deben suceder en el patronato:» sentencia que fué confirmada por el Tribunal Superior, en 20 de Mayo del año siguiente.

Decia perfectamente el Juez, que la Capellanía dejaria de existir si el capital se redujese al necesario estrictamente para cubrir con sus rentas las cargas de la fundacion: porque desde entónces no habria patrono, ni persona alguna interesada en hacer cumplir dichas cargas. ¿Cual seria en efecto el provecho de ser patrono? ¿Quien aceptaria el patronato que no le produciria otra cosa, que la molestia de velar por la ejecucion de las cargas, sin compensacion alguna? Nadie seguramente, y la Capellanía desapareceria fuera de duda.

Notando quizá la actora, desesperada su causa, si hubiese de ser resuelta con arreglo á los principios de la antigua Legislacion, aunque esta fuese la que regia en la materia, cuando se fundó la Capellanía de que se trata: y sin confiar mucho, tampoco en las leyes patrias sancionadas con anterioridad al Código Civil, recurre á las disposiciones de este, pretendiendo darles efecto retroactivo, y que se juzgue exclusivamente por ellas.

Semejante pretension no es admisible, porque se opone no solo á la Constitucion que declara inviolable la propiedad, sino tambien á las prescripciones mas rudimentales de todos nuestros Códigos, que fundados en la razon natural y en los principios de la Jurisprudencia Universal, rechazan las leyes *ex post facto* ó con efecto retroactivo.

« No serán castigados otros actos ú omisiones, dice el art. 79, del Código Penal, que los que la ley con anterioridad haya calificado de crímenes ó delitos. » « Las leyes, dice el art. 30 del Código de Comercio, reglan los negocios pen-



dientes y futuros : nunca alteran los derechos adquiridos, ni las obligaciones nacidas de actos, ó contratos anteriores á su promulgacion. » « Las leyes, dice en fin, el art. 3º, título 1, preliminar del Código Civil, disponen para lo futuro, no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos. »

¿ Como podrian pues, aplicarse las prescripciones del Código Civil, contra el tenor espreso de su disposicion ; para determinar las obligaciones nacidas, ó definir los derechos emanados de actos celebrados muchos años antes de su promulgacion ?

El nuevo Código, se dice, rechazando las vinculaciones, y las sustituciones, art. 23, tít. 1º, sec. 1ª, lib. 4º; ha suprimido tambien por el mismo hecho, las capellanías ; pero si esto fuera así, no existiría ya la que la demandante trata de redimir ; y su pretension seria impicante ; porque la finca que quiere libertar, se encontraria ya libre de todo gravámen ; y sin embargo se reconoce que aun pesan sobre ella las cargas de la Capellania.

Es cierto que la actora ha sostenido que en esta institucion, lo único que era perpetuo, es la pension : pero esto importa otra contradiccion : porque la pension no es sino la renta del capital capellánico destinado en parte á remunerar ó beneficiar al patrono, y en parte á costear las cargas, condicion indispensable del aprovechamiento del excedente.

Si pues desapareciese el capital, ó se acabase la Capellania, su pension, que es una parte de la misma y correlativa del capital, no podria subsistir ; y *vice-versa*, si como se confiesa la pension es perpétua, no pueden dejar de serlo tambien la Capellania de que forma parte y el capital de que proviene.

El Código ha suprimido en verdad para lo sucesivo, las vinculaciones y las sustituciones, pero sin destruir las que encontró existentes, ni alterar los derechos en su virtud adquiridos, ya fuese por los particulares ó por la Iglesia,





que declara persona jurídica, plenamente capaz de adquirir, y cuya propiedad no es ménos inviolable que la de los demas.

Tambien ha suprimido (arts. 1º y 2º, tít. IV, lib. 3º, C. C.), el dominio útil, el derecho de superficie, la propiedad mancomunada en los edificios, divididos por pisos, el enfiteusis y los censos en general; los dueños pues de tales derechos ¿los habrán perdido y no podrán ya transmitirlos? De ninguna suerte, porque las leyes no tienen efecto retroactivo, ni alcanzan á alterar derechos adquiridos.

¿Y por qué habia de suceder de otro modo en los derechos derivados de capellanías, vinculaciones, fideicomisos y sustituciones? No podrán hacerse algunas en lo sucesivo sobre bienes raíces: está bien; pero las que se habian verificado con anterioridad á la promulgacion del Código, habiendo sido perfectamente legales, subsisten sin alteracion. Art. 1º, tít. complementario.

Se sostiene que hoy los cargos impuestos en la enagenacion de inmuebles, no pueden ser perpétuos y que todas las cargas que gravan tales propiedades, son necesariamente redimibles á voluntad del deudor; ambas doctrinas carecen de fundamento, y son completamente falsas.

No siendo nadie obligado á dejar de hacer lo que la ley no le prohíbe, en ninguna parte del Código encontramos resuelto que los cargos impuestos en la enagenacion de una cosa, no puedan ser perpétuos, y al contrario se declara: que siempre que consten del título, pasan á los sucesores, y que estos son obligados á cumplirlos, si quieren conservar la propiedad.—Art. 67, tít. VII, sec. 3ª, lib. 2º y 69, tít. 3º, lib. 3º, C. C.

Es igualmente inexacto que sean redimibles todas las cargas que pueden afectar una propiedad: la servidumbre, por ejemplo, evidentemente es una carga real, y sin embargo no es cierto que el dueño del predio sirviente, pueda redimirla contra la voluntad del señor del predio dominante, ni librarse de ella sino abandonando la finca.



Con anterioridad á la publicacion del Código Civil, la Provincia de Buenos Aires habia legislado ya, prohibiendo la fundacion de censos, Capellanías ú otros gravámenes semejantes sobre bienes raíces ; pero aquellas podian con todo establecerse sobre una renta que se constituyese, depositándose en el Banco el capital correspondiente.

« En lo sucesivo, decia el art. 3º de la ley de 16 de Julio de 1857: ninguna Capellanía ó memoria piadosa podrá fundarse *sobre bienes raíces*, ni por censos perpétuos, ni por otro género de imposicion *que grave dichos bienes* con rentas perpétuas. » Disposicion que manifiestamente solo afecta la forma de la fundacion de Capellanías sin suprimir la institucion ; porque al prohibirlas solo, constituidas sobre bienes raíces, las permite siempre que no los graven.

El Código Civil expreso, no ha legislado sobre Capellanías y de consiguiente, tampoco ha podido innovar en la materia, suprimiendo aquellas, aunque tengan conexion con ella, las disposiciones con que procura conservar la libertad de los inmuebles ; y solo prohibe la constitucion de rentas perpétuas, en cuanto hubiesen de gravarlos.

En el informe, fecha 24 de Junio de 1865, con que el doctor Velez Sarsfield, presentó su proyecto de Código, se encuentra este párrafo : « En otros Códigos modernos vemos seguir el ejemplo de las Leyes de Indias, tratándose de Capellanías y del Patronato de ellas, como lo hace el Código del Perú. . . . . pero en estas no hay un derecho real ni personal : son meramente una parte de los estatutos para fijar las relaciones de los miembros de la persona jurídica ó las del Estado con la Iglesia é instituciones piadosas fijadas por leyes especiales ó por acuerdos con la Santa Sede. »

En cuanto á la constitucion de rentas perpétuas que no graven bienes raíces, si bien el Código no la reglamenta tampoco la prohibe ; de lo cual deduce el Dr. Moreno, « ser materia que ha escapado á la Legislacion Civil de la República ; y que por consiguiente, no reconoce hoy otra base, que la Legislacion particular de cada Estado, á cuyas dispo-

siciones deberá necesariamente ajustarse, en cuanto sean conformes como lo son las nuestras, á los principios establecidos en el Código Civil, sobre la constitucion y la trasmision de la propiedad raiz.» — Obras Jurídicas, tom. 1.<sup>o</sup> cap. VIII, páj. 306.

En fin, por lo que puede importar para lo sucesivo, es de observarse: que atribuyéndose el patronato de las Capellanías al Ilustrísimo Metropolitano, que siendo una persona moral, se entiende ser la misma, por mas que cambien los individuos que desempeñan las funciones anexas á ese cargo, desaparece con esto por completo, toda idea de sustitucion prohibida; no quedando en tales instituciones así modificadas, cosa alguna que pueda considerarse poco armónica con las disposiciones y principios del Código.

Tenemos entonces, Exmo. Señor, que bajo cualquier aspecto que se le considere, es de todo punto improcedente la solicitud de la demandante, que no se conforma al mérito de sus propios documentos, que á cada paso se ve en la necesidad de relacionar con inexactitud, ni se ajusta tampoco á las disposiciones legales de la materia, pretendiendo subrogarlas por las del nuevo Código, que en nada le favorecen,—Artículos 3.<sup>o</sup>, título Preliminar, y 1.<sup>o</sup>, título Complementario.

Han sido pues infundados, gratuitos y temerarios los cargos de ignorante y fanático que el abogado de la actora dirige á cada paso al Fiscal Eclesiástico, quien como se ve, se hallaba en buen terreno, y resistia con acierto una pretension descaminada, dañosa á los intereses que representaba y que en lo sucesivo, si fuese aceptada, podria servir de un mal antecedente.

Sin respetar no obstante, ni la dignidad de su carácter sagrado, ni la independencia de sus funciones en el puesto que desempeña, durante el curso del asunto, con el único motivo de haber opinado en disconformidad, aquel le ha dirigido continuamente los mas groseros insultos: siendo bien extraño que el Agente Fiscal, y el Juez, que con



tanta ligereza han deferido á la pretension de dicha señora, hayan tolerado tamaño desacato.

Ni han parado en esto los desmanes de ese Letrado, pues irritado por la contrariedad contra todo obstáculo á lo que sostenia sin justicia, ha ido hasta emprenderla con la Iglesia Católica, chafando y burlando inoportunamente y sin motivo alguno á la Curia Romana, que jamás podia ser responsable de los errores del Fiscal sí por acaso los hubiese cometido.

Al tachar como lo hace, de oscurantista, retrógrada y tiránica á la Iglesia, siendo ella precisamente la que ha implantado la civilizacion cristiana que se desarrolla y florece tanto en Europa, como en América: que en su Divina doctrina contiene la mas pura moral social, y lleva en germen la verdadera libertad, agravia la verdad histórica y filosófica: olvidando tambien que el Catolicismo es la religion del Estado, y que como tal, se le debe por todos el mayor respeto. Artículos 4º y 76, de la Constitucion y 14, inc. 1º, C. C.

Al espedirse pues el Fiscal en la vista comunicada, solicitando la revocacion de la sentencia apelada, pide tambien el mas serio aperecibimiento al mencionado Letrado, para que en lo sucesivo respete mas la autoridad: y se guarde de emplear en los escritos un lenguaje agresivo y descomedido: tomándose razon en el libro respectivo.

Buenos Aires, Noviembre 18 de 1882



## VISTA VII

### LEGADOS DE BENEFICENCIA

#### SUMARIO :

Exposicion del caso; términos en que fué hecho el legado y causas de nulidad que se oponian—El Juez *á quo* desechando las demas, acepta solamente, la de que aquel importaba un fideicomiso ó vinculacion prohibida—Conducta censurable de los Funcionarios que han intervenido en el asunto, como representantes de los intereses públicos—El legado no fué hecho á las Hermanas de la Caridad; pero aunque así fuese y éstas no tengan carácter de persona jurídica, no por eso seria nulo, si bien se entenderia verificado á favor de cada una de ellas—Establecida la libertad de asociacion, solo las sociedades ilícitas ó reprobadas se deben considerar incapaces de recibir por testamento—El legado de que se trata, es en favor de los niños pobres y huérfanos de esta Capital—No por eso se ha de considerar vicioso y nulo, como otorgado en favor de persona incierta; pues esta regla no rije, ni ha rejido nunca en los legados piadosos—En apoyo de esta doctrina se mencionan varios ejemplos notables basados en hechos históricos bien conocidos—Nuestro Código procede bajo los mismos principios antiguamente establecidos; y en él se dispensa tambien á favor de los legados de beneficencia, en la regla de que la cosa ó cantidad deben ser determinadas—No está probada la imposibilidad que se alega, para la fundacion del Colegio que se ordena establecer—Se demuestra por el contrario, su manifesta posibilidad, que reconoce tambien el Juez *á quo*—En los legados, la cláusula de no enagenar; no mediando perjuicio de tercero, se ha de tener por no puesta.—No es exacto que en el caso presente, de tenerse por no puesta la indicada cláusula, resultasen perjudicados los derechos del heredero—Cuando así fuese, esto no impediria legalmente, que dicha restriccion se tuviese por no escrita; pues el heredero identificándose con la persona del testador, no es un tercero—Tampoco el sustituto, en cuyo favor se grava al instituido ó legatario es un tercero en el sentido del Código—Los derechos que este trata de salvar, al hacer valer una disposicion testamentaria con la condicion de no enagenar, no son los que nacen de ella misma—En





el caso de que se trata, la prohibicion de enagenar no está tan íntimamente ligada con la de que no pueda darse á la casa diverso destino del que se le designa, que no se conciban separadas—Anulada la primera, la disposicion no se quebrantaria por que la casa se vendiese, mientras de hecho no se cambiase su destino; y hasta entonces el heredero no tendria reclamo alguno—Las indicaciones sobre el destino que deba darse á la casa legada se tienen por cargos y no por condicion—Los resultados son muy diversos; porque llegando á hacerse imposible la condicion para adquirir, el legado caducaria; mientras que haciéndose imposible el cargo, seria éste el que caducase, subsistiendo aquel—Los cargos impuestos en la enagenacion de una finca pueden ser perpétuos, pues que no existe disposicion que lo prohiba—El impuesto al legado sobre el destino de la casa, suponiendo la conservacion de esta, la cual no habria de durar siempre, solo seria perpétuo en apariencia, porque realmente desaparecería con aquella—La sentencia que se examina distingue equivocadamente, la vinculacion y el fideicomiso, cuando en realidad estas cosas vienen á ser idénticas—La estagnacion de la propiedad, ni la perpetuidad en el destino de una finca, sin la prohibicion de enagenarse, no puede hacerla considerar amortizada—La definicion que se dá en dicha sentencia de lo que importa una vinculacion, suponiendo indispensablemente, un órden de sucesion diverso del comun, no cuadra á la institucion de que se trata, en la cual no hay sucesion—Debiendo ser establecida ésta en las vinculaciones, en favor de una familia ó de alguna de sus ramas, nunca seria aplicable á la descendencia de todo el pueblo—El Juez *á quo* supone que en la disposicion que nos ocupa, ha habido tambien un fideicomiso prohibido, capaz de invalidarla—Esto no es exacto; porque aun cuando en ella se hagan reservas en favor del heredero, segun las cuales es posible que este recuperase la casa, no seria con todo, por devolucion de los legatarios, sino en virtud de cláusulas resolutorias—Opinion de varios autores, cuya doctrina aplicada al caso demuestra que en él no existe fideicomiso prohibido—Cuando realmente en la disposicion de que se trata, hubiese tal fideicomiso, no por eso se anularia el legado, sino solamente la sustitucion—Por último, tomada en su sentido literal y propio, la disposicion testamentaria en cuestion, no contiene prohibicion absoluta de enagenar—Cuando un acto cualquiera siendo susceptible de diversos sentidos, en alguno de ellos se anularia, debe interpretarse de manera que subsista.

*Erma. Cámara:*—El Fiscal se ha instruido por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, de los autos seguidos por el heredero testamentario de la finada D<sup>a</sup> Marta de las Carreras; pretendiendo anular el legado que su instituyente hace de la casa, que forma esquina entre las calles Esmeralda y Cuyo, para la educacion de niños pobres y huérfanos, y el



albacea de la testadora que sostiene la legalidad de esta disposicion.

La cláusula en que se contiene el indicado legado corre á f. 1<sup>a</sup> en copia legalizada, y se reduce á declarar la testadora, que deja la expresada casa : á fin de que en ella pueda establecerse una escuela ó colegio dirigido por Hermanas de la Caridad francesas, para la educacion de niños pobres y huérfanos.

Si la fundacion no se verificase, ó no pudiese subsistir, el dominio de la finca debe volver al heredero ; no pudiendo bajo pretexto alguno enagenarse, ni dársele diverso destino.

La legalidad de esta disposicion, ha sido atacada, Exmo. Señor, bajo varios respectos :—1<sup>o</sup> Porque el legatario no seria persona jurídica, si lo fuesen las Hermanas de la Caridad; ni cierto, si lo son los huérfanos.—2<sup>o</sup> Por imposibilidad de realizarse la fundacion por falta de recursos.—3<sup>o</sup> Por la inalienabilidad y reversion eventual de la finca.

El Juez á quo desechando con muy sólidos fundamentos y razones concluyentes, las dos primeras causales de nulidad expuestas, considera no obstante, que la referida disposicion importa un fideicomiso ó una vinculacion prohibida, y que de consiguiente no puede subsistir.

Hace mérito tambien de las opiniones de la Municipalidad, el Consejo de Educacion, el Defensor de Menores, y en fin, del Agente Fiscal, todos los cuales convienen en la anulacion de dicha disposicion testamentaria ; y los primeros renuncian ademas el derecho á intervenir en el jaicio para defenderla.

Notándose empero, que ninguno de estos Funcionarios aduce otra razon en apoyo de su conducta que la imposibilidad de realizarse la institucion proyectada : fundamento que desecha expresamente y con mucho acierto la sentencia de primera instancia ; queda de manifiesto la ligereza con que han procedido, y sus opiniones no debieran por tanto recordarse, sino para ser censuradas con la mayor severidad.

De aquí resulta, que cambiado últimamente el Defensor,



éste funcionario se queja con mucha razon de que los niños pobres y huérfanos no se han hallado debidamente representados, ni sus intereses han sido gestionados del modo que correspondía; lo cual ha comprometido sus derechos, hasta el punto de verse en la necesidad de alegar nulidad del procedimiento.

I

Examinando el tenor literal de la cláusula testamentaria que nos ocupa, nada se encuentra de donde pudiera deducirse con algun fundamento, que el legado es hecho á las Hermanas de la Caridad, pues aunque en ella se disponga que la escuela ó colegio que se establezca, deberá ser dirigido por éstas, tal circunstancia no es lo bastante para que hubiese de considerárseles dueñas de la casa legada.

La direccion ó administracion de un establecimiento cualquiera; una fábrica, una estancia, un negocio, un colegio, etc., es cosa muy diversa de la propiedad: y no siempre la supone, desde que nada impide que el propietario pueda conferir la direccion á otra persona de su confianza, como sucede con frecuencia.

Aquí mismo las Hermanas de la Caridad atienden y dirigen varios hospicios y establecimientos públicos, que por lo mismo que lo son, no les pertenecen: sucediendo otro tanto en diversas provincias, donde regentan algunos colegios Municipales, como en Tucuman, Salta y Jujuy, etc.

Con razon, pues, el *Juez á quo* ha creído que no era del caso entrar á indagar y resolver si las Hermanas de la Caridad revisten en esta Capital el carácter de personas jurídicas; mucho menos cuando, no porque carecieran de este carácter, el legado que se les hiciese, dejaria de ser válido, aunque sus efectos en ambos casos serian muy distintos.

Al declarar el art. 2º, tít. 15, lib. 4º, del Código Civil que ciertas asociaciones son incapaces de recibir por testamento: habla solamente de las reprobadas por Derecho: desde que ga-





rantido por la Constitucion el de asociarse para cualquier fin honesto, sin necesidad de autorizacion especial, solo aquellas pueden considerarse ilicitas y ser penadas.

Sin embargo, á las que no han obtenido el carácter de personas jurídicas, no puede donarse ó legárseles, en un concepto legal y bajo una calidad de que carecen : y de consiguiente las donaciones ó mandas que se les hagan, se entienden hechas á las personas que las forman, á las cuales en particular corresponde tambien la propiedad.—Segovia, Código Civil, tom. 2º, páj. 611, nota 5ª.

En el legado de la señora Carreras, los beneficiados única y esclusivamente, son pues, sin duda alguna, los niños pobres y huérfanos de esta ciudad, á quienes aprovechará la manda, en la forma que se determina ; proporcionándoles educacion en la escuela ó colegio que se establezca : á cuya fundacion ha querido cooperar la testadora, suministrando la casa que con tal objeto seria indispensable.

## II

Con todo, aun entendida en este sentido la referida disposicion, pretende el heredero que es ilegal, y que debe anularse : por recaer entonces sobre personas inciertas ; ignorándose cuántos y quienes sean los niños huérfanos y pobres á que se refiere, y pecando así contra las disposiciones legales que exigen el que las personas de los legatarios sean ciertas. —Art. 3º, tit. 14, sec. 1ª, lib. 4º, C. C.

Solo el total olvido de los principios que rigen y han regido siempre en la Jurisprudencia, pudo suministrar un argumento tan fútil, tan pobre y tan insignificante que no merece siquiera, ser tomado en consideracion para contestarlo y rebatirlo.

Como lo demuestra la historia del Derecho, desde los tiempos mas remotos de Roma, jamás aquella regla ha regido en los legados hechos en beneficio público ; y se consideraba por tanto, perfectamente legal la disposicion testamentaria, en



que era establecido heredero ó legatario el Pueblo Romano: mucho mas numeroso seguramente, y menos determinado en los miembros que lo componian, que pueden serlo hoy los niños pobres y huérfanos de Buenos Aires.

En los tiempos de Justiniano y por la influencia del Cristianismo, segun lo refiere Savigny, Derecho Romano, tom. 2º, páj. 104, se ampliaron tales disposiciones, en favor de los objetos religiosos ó de caridad, comprendidos todos bajo el nombre genérico, con que han llegado hasta nosotros de *causa pia*, como fundar Iglesias, hospicios, hospitales, colegios, asilos, etc., dotar niñas pobres, redimir cautivos, libertar esclavos y otras cosas semejantes.

Estos objetos eran favorecidos de todas maneras; y no solamente no regia en ellos la regla indicada de que el legatario debe ser persona cierta, sino que llegaba á dispensarse algo aun, de las formas comunes; y las disposiciones testamentarias, que les eran provechosas, cuando no podian cumplirse literalmente, eran interpretadas en el sentido mas favorable á su validez, á fin de que no caducasen; principios que pasaron despues á la Legislacion Española, que por tanto tiempo nos ha regido.

Así es que nuestra historia nos presenta ejemplos célebres y dignos de imitacion, de donaciones y legados cuantiosos para objetos de piedad y sin designacion de personas ciertas; como la donacion del Obispo Trejo para fundar la Universidad de San Carlos, y promover la ilustracion del país, la de Duarte de Quirós para fundar el célebre colegio de Monserrat y educar la juventud.

En el mismo caso se encuentra la fundacion de San Alberto para colegio de Huérfanas en Córdoba, la del Obispo Salguero para un Hospital en que se curasen gratis los pobres; en fin el legado del Obispo Moscoso para dotar con sus réditos, doncellas pobres y virtuosas.

¿ Se le ha ocurrido, ni se le ocurrirá á nadie que tales disposiciones fuesen ilegales y nulas, como hechas en favor de personas inciertas? El Fiscal debe recordar á V. E. que pre-

cisamente la indicada donacion del Ilustrísimo Trejo, que ascendia á 40,000 pesos para fundar la Universidad, á semejanza de lo que dispone la señora Carreras, que el colegio que queria fundar, sea regentado por las Hermanas de la Caridad, establecia que aquella fuese dirigida y administrada por los Jesuitas.

Expulsados éstos á fines del siglo pasado ; y habiéndoles sido confiscados todos sus bienes, la Universidad reclamó del Estado el importe de la referida donacion : y esta fué respetada por la Audiencia, ordenándose la restitution del valor que se demostró haber comprendido, como puede verse en el libro del Dr. Garro « Bosquejo histórico de la Universidad, cap. IX, páj. 143. »

Tambien en nuestro Código Civil, respetando y continuándose la tradicion de lo que ha regido anteriormente en la materia, se dispensa de la regla de que el legado debe ser hecho á personas ciertas, en favor de los indicados objetos, que denomina de Beneficencia, arts. 13, tit. 14 — 41 y 42, tit. 17, lib. 4º, C. C., disposicion que ilustra el Dr. Velez en la nota al citado art. 13, con el ejemplo de lo que se lega á los pobres.

No solo esto, Exmo. Señor, sino que exigiéndose tambien en principio general, para la validez de los legados, el que sea cierta la cosa ó cantidad que se deja, no menos que la persona del legatario, aquella exigencia se modifica igualmente por el Código en los legados de beneficencia.

Si un testador dijese « lego á Fulano una parte de mis bienes para que construya una casa, esta disposicion sin duda alguna seria nula, por la indeterminacion de la cantidad, mas no sucederia lo mismo, si el legavlo en iguales términos, se destinase á un objeto de beneficencia, como mejorar un Hospital, por ejemplo ; porque entonces, la disposicion se tendria por válida, y el Juez deberia determinar la cantidad, en proporcion á la importancia de los bienes hereditarios y al fin con que se hiciera el legado, en conformidad á lo prevenido en el art. 42 ya citado.





El Código, pues, segun puede observarlo V. E. favorece evidentemente la validez de los legados con objetos de beneficencia ; tratando de subsanar sus defectos, para facilitar la ejecucion, segun se ha practicado en todo tiempo ; al revés de lo que se ha hecho en el caso presente, en que, lejos de buscarse la manera de sostener el legado en cuestion, los funcionarios públicos que han intervenido en el asunto, han tomado desde luego, el partido de anularlo : esto era lo mas fácil sin duda ; pero no ciertamente, lo mas provechoso á los intereses generales.

### III

Asombra, en verdad, Exmo. Señor, que la Municipalidad, como el Consejo de Educacion, el Defensor de Menores, como el Agente Fiscal, se apresurasen á declarar, al parecer casi sin exámen, si se atiende al poco valor de los motivos que invocan, imposible la fundacion proyectada en la forma que se proponia.

Y cuál es la forma en que se propone ? ; Siendo el colegio dirigido por Hermanas de la Caridad y estableciéndose en una hermosa casa situada en excelente barrio, es decir, con un magnifico local de valde y directoras tambien gratuitas ! ; Tales son las condiciones que en sentir de dichos funcionarios, hacen imposible la indicada fundacion !

No hay duda que si ademas de la casa, la testadora hubiese dejado por separado, una renta suficiente á costear todos los gastos de la escuela ó colegio, la empresa seria mas sencilla ; pero esto no demuestra que sin aquella, fuera de todo punto imposible ; y mucho menos que sea prudente declararla tal, antes de haberse hecho diligencia alguna en el sentido de realizarla.

La testadora misma indica y reconocia : que la fundacion que proyectaba en los términos en que la proponia, necesitaria la cooperacion de otras personas, pero deber seria del albacea procurarla, y antes de verificarlo, nada autorizaba



á la Municipalidad, al Consejo y demás funcionarios, para declarar que no existen tales personas, y que de consiguiente, el proyecto es imposible por falta de cooperacion.

En un pueblo donde hay tantos Apóstoles de la Civilizacion y propagandistas los mas fervientes de la educacion, la cual se considera un objeto tan plausible que para fomentarla, se cree permitido aplicar una gran parte de lo que los testadores dejen con fines piadosos, cualesquiera que ellos sean; y por mas que la Constitucion Nacional, como el Código Civil garantan la propiedad y la libertad de testar.

En ese pueblo, decia, lleno de elementos, y en que abundan las personas ilustradas y patriotas, no es verosimil si quiera, que falten, quienes quieran ayudar, tratándose de una nueva escuela, para educar niños pobres y huérfanos; y mucho menos es admisible en justicia el que un proyecto tal, bajo la base de local excelente que nada costará y directoras tambien gratuitas, se declare *in limine* de imposible realizacion.

Cuando faltasen efectivamente personas generosas y bien intencionadas que quisiesen apoyar la fundacion de un colegio: esta, sin salir de los términos de la disposicion testamentaria, podria por lo pronto reducirse á una simple escuela, que muy poco gasto habria de ocasionar; y si esto mismo fuese un obstáculo todavia, se podria tambien cobrar alguna pension insignificante, cuanto bastase á cubrirlo: aun en esa forma que no está prohibida por la testadora, siempre el establecimiento seria utilísimo á los pobres, á quienes se propuso beneficiar.

¿Qué mas, Exmo. Señor? El mismo *Juez á quo* demuestra concluyentemente y del modo mas sencillo, que el proyecto de la escuela ó del colegio, nada tiene de dificil, observando: que pues la casa legada consta de varios pisos, bien podria en último caso, reservándose uno para el colegio, alquilarse el otro y aplicarse el producto á cubrir los gastos de aquel.



¿ En dónde está entonces, esa imposibilidad que ha arre-  
drado y desalentado enteramente á tantos funcionarios pú-  
blicos? En todo caso era de estricta justicia dejar que el  
albacea practicase las diligencias convenientes para realizar  
la fundacion, antes de declararla imposible; y consentir en  
que caduque un legado que tiene el objeto mas noble, mas  
benéfico y mas digno que pueda proponerse un testador.

#### IV

Hasta este punto, Exmo. Señor, las vistas del Fiscal se  
hallan de perfecto acuerdo, con las del Juez *á quo* en la sen-  
tencia apelada; mas no sucede lo mismo respecto al tercero  
y último de los propuestos, de cuya esposicion deriva exclu-  
sivamente la resolucion, que declara nula la indicada dis-  
posicion testamentaria de la señora Carreras, en favor de  
niños pobres, y huérfanos de esta ciudad.

En este punto, para venir á parar á ese resultado, establece  
doctrinas y hace apreciaciones inadmisibles; pues por mas  
autoridades que invoque y citas que verifique procurando  
apoyarlas, en realidad solo se funda en la equivocada inter-  
pretacion de algunas de las disposiciones del Código con-  
cernientes á la materia y en el olvido y prescindencia de  
otras.

Suponiendo que la disposicion testamentaria en que se ha  
hecho el legado en cuestion, contiene una prohibicion abso-  
luta de enagenar la casa á que se refiere, y darsele diverso  
destino del que se determina, establece: 1º Que dicha pro-  
hibicion es por una parte ilegal; y por otra que no debe  
tenerse por no escrita.—2º Que vicia la disposicion en que  
se ha puesto en conformidad á lo prescripto en el art. 23,  
tit. 14, lib. 4º, C. C.,—3º Que ella importa una vinculacion  
tambien prohibida.—4º En fin, que establece un fideicomiso  
igualmente prohibido, y que anula de consiguiente el le-  
gado.

Con motivo del primero de estos puntos, la sentencia



apelada entra en largas consideraciones económicas sobre la conveniencia para el progreso y adelanto de los pueblos, de la libre circulacion de las propiedades, y los perjuicios de su estagnacion.

Sin necesidad de impugnar tales principios, de que mas de una vez se ha abusado escandalosamente ; á las indicadas consideraciones se podia contestar con otras no menos graves y abundantes, sobre las inmensas ventajas que reporta la sociedad con promover la educacion comun, y cuánto aprovecharia fomentar los esfuerzos de los particulares para desarrollar la cultura de las clases pobres ó desheredadas, aunque por no separarnos del asunto, en una cuestion de puro Derecho, sea preferible prescindir de argumentos de este género.

Tanto mas inútiles eran aquellas observaciones, cuanto que en toda la discusion nadie habia puesto en duda la ilegalidad, asi en los actos entre vivos, como en los testamentarios, de la condicion absoluta y perpétua de no enagenar, en conformidad á lo dispuesto en los arts. 43, tit. 3º, sec. 3º, lib. 2º—2 y 3, tit. 17. lib. 4º del Código ; y lo único que se disputaba era, si siendo en efecto ilegal y prohibida segun se reconocia, aquella condicion puesta en un legado, viciaba tambien la disposicion, ó solamente se debia prescindir de ella.

El caso se halla previsto en el Código, y la cuestion se encuentra resuelta terminantemente del modo mas espreso, á favor de la subsistencia ó validez del legado, con supresion solamente de la indicada condicion, que es lo único que se anula, convirtiéndose aquel de consiguiente, en legado puro y simple.

El art. 31, tit. 17, lib. 4º, dice : « Si se lega una cosa con calidad de no enajenarla, y la enajenacion no compromete ningun derecho de tercero, la cláusula de no enagenarse se tendrá por no escrita ». Una disposicion de la clase á que este artículo se refiere, se há de considerar pues, como



absoluta: porque teniéndose por no puesta la condicion, se hace evidentemente incondicional.

El mencionado art. 31, es la ley con arreglo á la cual ha debido ser resuelta la cuestion; porque del modo mas directo y ajustado era aplicable al caso *sud jüdice*: y sin embargo, mediante una interpretacion la mas estraña y estraviada, se ha declinado su aplicacion, dejándosela sin efecto.

Se pretende que la referida disposicion legal que manda tener por no puesta la condicion de no enagenar, establecida en los legados, manteniendo á pesar de esto la validez de aquellos, debe entenderse solamente del caso en que el testador no hubiese espresado la razon de dicha prohibicion; pues entónces se ha de tomar por un mero consejo; y no cuando se espresó el motivo de la prohibicion, en cuyo caso viciaria toda la disposicion.

Tan falso es esto, que no prohibiendo el Derecho Romano la condicion de no enagenar, esta era por tanto perfectamente legal, y mal podia de consiguiente, anular el legado en que se impusiera: la Legislacion Romana, como la de Partidas, reconocia espresamente y aprobaba seis clases de sustituciones, muchas de las cuales suponian necesariamente la prohibicion de enagenar. — Ley 1ª, tít. 5ª, P. 6ª,—43, tít. 6, lib. 28, del Digesto.

Si nuestro Código refiriéndose solo al caso en que no se espresé el motivo de la prohibicion, hubiese querido convertir en consejo dicha prohibicion, no habria determinado en el citado artículo como lo ha hecho, el que se la tuviera por no puesta, lo cual en esta hipótesis resultaria desatinado; desde que no puede ni debe prohibirse al testador, aconsejar al heredero sobre el uso que le convenga hacer de los bienes que le deja.

Se observa (probablemente para el caso en que deba considerarse consejo) que la prohibicion de enagenar, al hacerse un legado, solo puede tenerse por no puesta, cuando la enagenacion no perjudique derechos de tercero.





Es fuera de duda que si el consejo del testador á su heredero se limitase á recordarle que respetase el derecho ajenó, mal podria éste prescindir de un consejo tal, ni tenerlo por no escrito; pero tambien era evidente, y no necesitaba por cierto, declararlo el Código, que no oponiéndose á la enagenacion los derechos de otro, el heredero bien podria verificarla, aún prescindiendo del consejo; pues éste jamás impone obligacion.

Es cierto que el precitado art. 31, tit. 17, lib. 4º, al establecer: que en los legados se tenga por no escrita la cláusula de no poderse enagenar la cosa, limita su disposicion al caso en que no medie perjuicio de tercero; mas no es exacto en manera alguna, que esto sucediera en el caso *sub júdice* como equivocadamente se supone.

Aunque conforme á la disposicion de que se trata, la propiedad de la casa legada debe volver eventualmente, al heredero, no por eso puede decirse con fundamento legal, que de la enagenacion resultaria perjuicio de *tercero*; ya por que ella en nada menoscabaria los derechos eventuales del heredero, como porque en el caso presente, este no es tampoco un *tercero*.

La prescripcion testamentaria en la disposicion que examinamos, de que la propiedad de la casa legada vuelva al heredero, si no llegase á establecerse la escuela, ó si establecida no pudiese subsistir, importa solamente una condicion resolutoria, que haría el dominio de los niños huérfanos y pobres, imperfecto y revocable.

Ahora bien, no es cierto que un derecho ó una propiedad de esta clase no pueda absolutamente enagenarse; sino que aun en poder del sucesor permanece siempre revocable y sujeta á resolucion; porque no pudiendo nadie conferir á otro mas derecho que el que tiene él mismo, ningun sucesor puede tampoco adquirirlo mejor, ni mas estenso que el que tenia su causante; arts. 9 y 17, tit. Preliminar, lib. 4º, C. C.—Segovia, tom. 1º, páj. 132, nota 5ª.

Supongamos que en el caso de que se trata, declarada no



puesta en el legado que nos ocupa, la prohibicion de enagenar la casa donada á los huérfanos, esta llegase á venderse efectivamente.

¿Cuál seria el perjuicio del heredero? Ninguno: desde que la enagenacion no le privaria en modo alguno de sus derechos eventuales; sino que llegado el caso de reversion á su favor, previsto en el testamento, esta se verificaria siempre no obstante la enagenacion; caducando el derecho del comprador segun el principio; *resoluto jure dantis, resolvitur jus et accipientis*.

Que las limitaciones al dominio que puedan hacerlo revocable, y las cláusulas resolutorias impuestas en el título porque se enagena una cosa, obliguen á los sucesores, y afecten á cuantos en lo sucesivo la adquieran, no admite duda de ningun género, y por lo mismo no necesita demostrarse art. 36 tit. 5º, sec. 1ª, lib. 2º, C. C.

Se vé por esto cuan gravemente se ha equivocado el *Juez á quo*, al suponer que quien posee un derecho revocable, no pueda enagenarlo sin el consentimiento de aquel á quien hubiese de aprovechar su resolucion; y que de consiguiente, para venderse la casa legada, se precisaria en todo caso el permiso del heredero.

Esto solamente seria así, si se quisiese hacer cesar los derechos eventuales, suprimiéndose la reserva con que la propiedad se halla gravada; no cuando ésta se enagena, tal cual se constituyó, y sujeta siempre á las mismas restricciones ó condiciones resolutorias; como sucede tambien cuando se quiere vender una finca gravada con hipoteca: solo se necesitaria el consentimiento del acreedor hipotecario, si se tratase de enagenarla libre de todo gravámen; mas no en caso contrario.—Art. 55, tit. 14, lib. 3º, C. C.

El Fiscal quiere conceder, sin embargo, hipotéticamente, que en el legado de que se trata; sujeto eventualmente á resolucion, la enagenacion de la casa legada hubiese de hacer cesar realmente, los derechos reservados en favor del heredero; y todavia sostendrá, que no mediaría en esto perjuicio



de *tercero*, el cual en conformidad al tenor del art. 31, impidiese el que la cláusula de no enagenar, se tuviese por no escrita.

La razon es manifiesta, evidente y sencillísima, Exmo. Señor ; pues en el caso propuesto el heredero no es *un tercero*, segun erróneamente se le ha considerado : la clasificacion de *tercero* supone naturalmente, como lo indica la etimología misma de la palabra, otras dos partes (diversas de la de aquel, con el cual forman tres,) que contratan, quasi contraen ó intervienen en un acto jurídico que dice relación á los derechos del otro.

El heredero con relacion al legatario y al testador á quien sucede, no es, ni puede ser un *tercero* ; por que continuando la persona del causante con la cual de consiguiente forma una sola, no es diversa, sino la misma de aquel cuyos derechos todos representa y con la cual se identifica.—Ley 13, tit. 9º, P. 7ª, art. 4º, tit. 6º, lib. 4º, C. C.

Tan es así, que el heredero no es considerado persona diversa, sino la misma del testador, que él continua no mas, que por esta razon ; habiendo tenido mala fé el causante, no puede el heredero prescribir, aunque él la haya tenido buena en la posesion ; y vice-versa, no le obsta su propia mala fé si el causante inició la prescripcion de buena fé, segun lo declara el art. 58, tit. 1º, sec. 3ª, lib. 4º, C. C.

Cuando el Código en el art. 31, tantas veces citado habla de un *tercero*, cuyos derechos pudiesen resultar perjudicados, con la supresion de la cláusula de no enagenar impuesta á un legado, para que valga como puro y simple, no se refiere al sustituto ó al heredero, ni tiene en mira los derechos que pudieran derivarse de la misma disposicion, que los confiere eventualmente ó en segundo lugar.

Hemos visto que el heredero no puede ser considerado *tercero* ; porque se identifica con el disponente : tampoco lo seria en el sentido del Código, el sustituto en cuyo favor fuese gravado el instituido, con la prohibicion de enagenar, como lo manifiestan los arts. 21 y 22, tit. 14, lib. 4º, que en



tales casos, anulan solamente la sustitucion, sosteniendo la institucion, y sin salvar los derechos que la disposicion conferia al sustituto.

Si el sustituto hubiese de reputarse *tercero* en el sentido del Código, jamas podria suceder, ni se comprenderia como se anulase la sustitucion, sin perjuicio de aquel en cuyo provecho se hubiese hecho, ó sea del sustituto.

Ni el heredero, pues, á quien mediante una condicion resolutoria impuesta en la misma disposicion, pudiera volver el legado, ni el legatario sustituto, en favor del cual debiera reservarse, son en casos tales *los terceros*, cuyos derechos trata de salvar el Código.

No es verdad por tanto, que en el caso de la cuestion presente, resulten comprometidos derechos *de terceros*, y que estos obsten á que, teniéndose por no escrita la prohibicion de enagenar, conforme al art. 31, se sostenga sin embargo, y haga valer el legado de que se trata.

## V

Hay otras razones por las cuales segun la sentencia de 1ª Instancia, en el legado que examinamos, no podria, sosteniéndose su validez, tenerse por no puesta la condicion de no enagenar, á saber : que ésta encontrándose envuelta en la disposicion misma : que prohíbe tambien darse á la casa diverso destino, no podria separarse, sin desnaturalizarse y pervertirse la institucion.

Aunque ambas cláusulas tengan efectivamente analogia, su conexion no es tan estrecha, que se confundan enteramente ; suprimida la prohibicion de enagenar, no se quebrantaria la disposicion testamentaria porque se vendiese la casa, sino porque se destinase á otro objeto.

No obstante la venta, por arreglos con el comprador, el colegio podria continuar siempre en ella, y mientras esto sucediese, el heredero nada tendria que reclamar ; es cierto que enagenada la casa, fuera dificil que el colegio ó la es-



cuela continuase en ella por mucho tiempo; pero al menos no seria imposible; lo cual bastaria, sin embargo, para que la institucion no se anulase, mientras de hecho, no llegase á cambiarse el destino de la casa.

La prescripcion referente á esto, no importa tampoco, como equivocadamente se ha entendido, una condicion resolutoria, sino meramente un cargo puesto al legado, las cuales son cosas muy diversas y de muy distinto resultado, pues lo primero es mucho mas gravoso; y por esto en caso de duda, acerca de si la liberalidad ha sido hecha bajo condicion resolutoria ó con cargo, *sub modo*, se presume lo segundo.—Art. 32, tít. 5º, sec. 1ª, lib. 2º.

En general, las indicaciones hechas por el testador sobre el destino que se haya de dar, ó la aplicacion que deba hacerse de la cosa legada, se tienen por cargos y no por condicion; lo cual produce á la vez efectos completamente distintos, y aun contrarios.

Llegando á hacerse imposible el cumplimiento de la condicion impuesta al legado, este caducaria seguramente; mientras que en la misma hipótesis, tratándose de cargos, son estos los que caducan y se tienen por no puestos; subsistiendo, sin embargo, la donacion ó el legado, que de consiguiente se convierte en absoluto.—Art. 24, tít. 16, lib. 4º y 39, tít. 5º, sec. 1ª, lib. 2º, C. C.

Así, pues, en nuestro caso, llegando á hacerse imposible la permanencia de la escuela en la casa legada, la prohibicion de darle diverso destino, desapareceria; y á pesar de esto, subsistiria siempre el legado, que desde entonces se tendria por puro y simple.

Esta es tambien, la interpretacion mas razonable de la intencion de la testadora en la disposicion que nos ocupa, porque no puede suponerse respecto al destino que prescribe dar á la casa; el que su mente fuera la de que el colegio debiese permanecer siempre en ella, aunque motivos imperiosos exigiesen el desalojo, llegando por ejemplo á hacerse



necesarias grandes reparaciones, si amenazase ruina ó se derumbase en fin.

¿ Qué debería suceder si arruinándose la casa no hubiese dinero con que reedificarla ? ¿ Podría solicitarse por el heredero la revocacion ? De ninguna suerte ; antes bien, con arreglo á la doctrina espuesta, importando el destino impuesto á la casa, no mas que un cargo ; y llegando este á hacerse imposible, desaparecería aquella imposicion ; el legado se convertiría en absoluto, y nada impediría entonces, disponer libremente del sitio, á no mediar tambien la condicion de no enagenar ; hablando del cargo dice Savigny, *si el acto se hace imposible, esta imposibilidad no entraña ningun perjuicio*.—Derecho Romano, tom. 2º, Nº 118, páj. 302.

Hé aquí, pues, como la disposicion de que la casa legada deba destinarse á colegio ó escuela, sin poder dársele diversa aplicacion, no contiene en absoluto, ni equivale en realidad á la prohibicion de enagenar, de tal suerte, que no pueda concebirse diferencia, ni distincion entre ellas.

Los cargos que se impongan en la enagenacion de las fincas, pueden muy bien ser perpétuos ; porque no existe disposicion alguna legal que lo prohíba ; pero tratándose de un edificio, que no ha de durar eternamente, desde que el cargo suponga su conservacion, este propiamente, no seria perpétuo, por mas que lo pareciese, porque en ningun caso habria de durar mas que el edificio mismo.

Desde que los cargos caducan llegando la cosa á hacerse impropia para el destino á que se encuentra afectada ; el que se diera á una casa terminaria con esta ; y nunca importaria en consecuencia, la prohibicion perpétua de enagenar, como se supone en la sentencia apelada.—Freitas, art. 668.

En esta, para fundar la resolucion en que se declara nulo el legado á los niños pobres y huérfanos, de la casa que se destina á un colegio ó escuela, prohibiendo enagenarse, se aduce la prescripcion del art. 23, tít. 14, sec. 1ª, lib. 4º del Código, que declara de ningun valor la disposicion del testador, por la cual haga inalienable el todo ó parte de la herencia.



Tal cita es completamente inoportuna é inconducente; porque la mencionada disposicion se refiere evidentemente á la herencia ó una parte alicuota; sin invalidar tampoco, la institucion ó el llamamiento de herederos.

Unicamente la restriccion de no enagenar es la que aquí se anula, como se deduce de la nota en que el Dr. Velez compara esta condicion con el fideicomiso; y cuando se ha impuesto en un legado particular, se halla regida por el art. 31, tit. 17, sec. 1<sup>a</sup>, lib. 4<sup>o</sup>, en el cual se resuelve que subsistiendo la liberalidad, la referida prohibicion se tenga por no escrita.

Se ha entendido pues, mal la disposicion del precitado art. 23, que en ningun caso podría servir de apoyo á la resolucion apelada, la cual supone que aquella invalida el testamento en que se imponga la indicada prohibicion; cuando en realidad solo anula la disposicion testamentaria, ó cláusula que la contenga, como sucede en los fideicomisos prohibidos, en que no por anularse la sustitucion, se anula tambien la institucion: lo demas importaría una contradiccion palmaria.

## V I

Pasa luego la sentencia que examinamos á demostrar en dos capítulos diversos; que en el legado cuestionado, por los términos en que se ha hecho, ha habido no solamente vinculacion sino tambien un fideicomiso prohibido: se distinguen pues, dos cosas que en realidad son una misma; porque ni puede haber vinculacion sin fideicomiso, ni fideicomiso que no importe una vinculacion.

En efecto, toda vinculacion comprende necesariamente, ademas de la prohibicion de enagenar los bienes en que consiste, la obligacion en el que los disfruta de restituirlos á quien correspondan; no segun los principios generales del Código, sino segun el órden de sucesion especialmente establecido; todo lo cual sucede del mismo modo en los fideicomisos, en que tampoco el heredero fideicomisario puede disponer de los bienes que se le han dejado, sino que á su



muerte debe restituirlos á los sustitutos, que son los herederos fiduciarios.

De esta suerte los dos principales argumentos estensamente espuestos en la sentencia apelada contra la validez y subsistencia del legado en cuestion, vienen á reducirse á uno solo; y todo cuanto puede decirse en contestacion á cualquiera de ellos, sirve igualmente para refutar el otro.

Desde luego, el Juez *á quo* encuentra ya caracterizada la vinculacion, respecto de la casa legada, por la estagnacion de la propiedad en unas mismas manos para siempre, y por su destinacion á un objeto perpétuo é invariable: ya hemos visto sin embargo, que estas cosas por si solas, no producen la prohibicion perpétua de enagenar, ni sacan de consiguiente, las propiedades de la circulacion ó del comercio, en términos que propia y legalmente hablando, puedan decirse amortizadas.

Hay seguramente en el hecho, estagnacion de ciertas propiedades, toda vez que sus dueños rehusan enagenarlas; hay así mismo, perpetuidad de destino en las cosas, si estas se arreglan de manera que no puedan servir á otro diverso, del que tienen, como cuando se edifica un teatro, por ejemplo; pero ni una ni otra circunstancia, ni ambas reunidas, no habiendo prohibicion de enagenar, bastan á constituir la amortizacion en sentido legal, ni pueden decirse por tanto reprobadas.

Define el Juez *á quo* con Gutierrez Fernandez tom. 2º, páj. 211, la vinculacion, diciendo: que es el acto de sacar de la circulacion ciertas propiedades, para legarlas á una sucesion fija en beneficio de una descendencia; y haciendo luego aplicacion de esta doctrina al caso en cuestion, encuentra: que no solamente la casa legada saldria de la circulacion con la prohibicion de enagenarla, sino que respecto de ella se establece un orden de sucesion.

Como desde el principio del pleito, así el albacea que defiende la validez del legado fundado en en art. 31, del título de esta materia, cuanto el heredero que la impugna,





reconocen que en ningun caso podria subsistir la prohibicion de enagenar, lo que debiera demostrarse, seria que aun suprimida esta cláusula, la referida disposicion testamentaria importaria una vinculacion; lo cual es imposible.

No lo es menos, Exmo. Señor, hallar en una disposicion hecha en general á favor de los niños pobres y huérfanos, el orden de sucesion que segun Gutierrez Fernandez, los demas autores aducidos en la sentencia, y en fin todos cuantos esponen la materia, es uno de los principales y mas esenciales caracteres de toda vinculacion: tenia pues que fracasar, y en efecto ha fracasado del modo mas completo la demostracion: examinémosla, aunque es casi imposible desenmarañar el pensamiento, en el cúmulo de palabras oscuras y conceptos metafisicos en que se envuelve.

«La sucesion, dice la sentencia, es fija, desde que no hay individualizacion, y los pobres se consideran aqui los de esta ciudad, que de seguro no escasearán jamás. El beneficio tiene lugar en favor de una descendencia por la misma razon de que la designacion de pobres no hace distincion de generaciones».

No hay en este período una sola idea que no sea inexacta, y por poco que lo analicemos, encontraríamos además en él, verdaderas paradojas: precisamente, la sucesion, si la hubiese, dejaría de ser fija, por falta de individualizacion; y el beneficio dejaría de ser en favor de una descendencia, por no distinguirse las generaciones.

Poco importará seguramente para poder disfrutar el beneficio de la educacion, el que los que hayan de recibirlo, procedan de moros ó de judíos, de raza negra ó sajona, siendo niños pobres y huérfanos, desde que sus padres se hubiesen avccindado en esta Capital; porque lo que se tiene en vista son los intereses del pueblo; y con esto mismo se distancia mas y mas, la fundacion de que se trata, de la perversa institucion de los Mayorazgos, basada en el egoismo individual y tendente á fomentar el orgullo de las familias aristocráticas.



Cuando en materia de vinculacion se refieren los autores á una descendencia, dentro de la cual se ha de hallar establecido un órden fijo de sucesion contrario á la libertad de testar, hablan de una familia ó sus diversas ramas determinadas ; y no de la descendencia de una gran ciudad, de una nacion ó de toda la raza humana ; pues semejante sucesion, lejos de conducirnos á la acumulacion de bienes y amortizacion de la propiedad, que es lo que se quiere evitar con la supresion de las vinculaciones, nos llevaria mas bien al comunismo.

Por lo mismo que los niños huérfanos y pobres no faltarán jamas seguramente en esta ciudad, la clase social que constituyen, nunca morirá, ni de consiguiente habrá sucesion ; y cuando un niño reemplace á otro en el colegio, como cuando un enfermo ocupa en el hospital la cama que otro deja vacante, aunque fuese por haber fallecido éste, no lo heredará á la verdad, sino que recibirá directamente el beneficio, de la fundadora de la institucion.

## VII

La sentencia agrega, que en la disposicion de la señora Carreras, á favor de los niños pobres y huérfanos, ha habido tambien un fideicomiso prohibido y capaz de invalidarla; pretendiendo demostrarlo con las opiniones, autorizadas ciertamente, pero inaplicables de respetabilísimos Jurisconsultos que se citan.

Merlin, para quien existe fideicomiso, cuando el testador ha prohibido enagenar fuera de su familia ; porque desde luego hay designacion suficiente de la parentela ó descendencia, en beneficio de la cual se hace la prohibicion.

Esto no sucede en el caso de la cuestion ; porque no se determina, ni se indica siquiera, familia alguna, como especialmente favorecida con la prohibicion ; ni al establecerla la testadora se propuso otra cosa, que asegurar mejor el cum-



plimiento de sus disposiciones en beneficio de la presente y futuras generaciones.

Mainz, para quien el fideicomiso es la disposicion del testador en que impone á su heredero ó legatario, el gravámen de conservar su liberalidad, á fin de entregarla á su muerte ó despues de cierto tiempo, á otras personas.

En nuestro caso no hay plazo alguno que limite el legado, ni designacion de personas á las cuales el legatario tenga que hacer devolucion á su fallecimiento, de la liberalidad que recibe, pues, como se reconoce, la clase de niños pobres y huérfanos no morirá jamás.

Potthier, en fin, para quien la prohibicion de enagenar impuesta en un testamento envuelve una sustitucion, cuando del mismo testamento resulta, que la prohibicion es hecha en favor de otro, que aquél contra quien se ha impuesto el gravámen.

Ahora bien, en el caso presente esto no resulta en manera alguna del testamento, en el cual, como se ha observado, la prohibicion es hecha solamente para garantir mejor la fundacion del colegio que se proyecta, y en beneficio de los mismos niños pobres y huérfanos á quienes se impone.

Aunque al heredero se le reservan derechos eventuales, éstos no dependen de un plazo, ni del fallecimiento del legatario, sino de una condicion, que si limita la liberalidad, es en muy diverso sentido ; solo para el caso en que los beneficiados no puedan disfrutarla en la forma en que se les hace ; prefiriéndolos por siempre y absolutamente, á su heredero, mientras esto no suceda.

« No basta, dice Marcadé, para que haya sustitucion, que el donatario ó legatario tenga obligacion de conservar y res tituir ; es necesario que tenga el deber de *conservar hasta la muerte*. . . . No hay sustitucion sino cuando la liberalidad es hecha con la carga de conservar *hasta la muerte para transmitir entonces* á persona determinada. . . . Así, la sustitucion es siempre condicional ; pues depende absolutamente

de la supervivencia del sustituido. » — Explicacion del C. C. tom. 3º, art. 896, páj. 383.

En nuestro caso, y en la cláusula testamentaria que nos ocupa, no hay referencia alguna á la muerte del legatario, ni podria haberla ; desde que se reconoce que la clase de los niños huérfanos y pobres no faltará jamás, de manera que hasta habria sido absurdo preveer siquiera la supervivencia del heredero.

¿ Podria esperar jamás el Sr. Romaguera sobrevivir á los niños pobres y huérfanos de la Capital ? ¿ Habria podido presumirlo racionalmente la testadora ? De ninguna suerte : luego, no ha habido ni podido existir fideicomiso. ¿ Será sin embargo, en la reserva que hace la testadora, de derechos eventuales en favor del heredero, donde deba buscarse la sustitucion prohibida ?

Esto seria un error manifiesto, pues ellos no dependen de una devolucion y restitution, que en época determinada ó indeterminada, pero que llegará seguramente, se le deba hacer, sino de un acontecimiento incierto, que puede muy bien no suceder jamás, y que de consiguiente constituye una verdadera condicion resolutoria.

Aubry y Rau al mismo tiempo que condenan los fideicomisos, y determinan las sustituciones prohibidas que los producen, dicen no obstante : « El testador puede, al hacer un legado en provecho de un establecimiento público, declarar que aquel quedará totalmente sin efecto, en el caso de que por cualquier causa, no tuviese plena y entera ejecucion ; y que otro será entonces llamado á recibirlo. » — Derecho Civil Francés, tom. 7º, páj. 297.

¿ Qué diferencia esencial existe entre la condicion que estos autores declaran expresamente permitida en el legado, de que si el establecimiento no llegase á tener plena y entera ejecucion, pase entonces á otras manos ; y la que impone la señora Carreras, diciendo : que si el colegio no se fundase, ó fundado sin base suficiente, no pudiera subsistir, el legado



vuelva á su heredero ? En realidad ninguna. Nada hay pues, reprobado en esta condicion.

Llegado este evento, el derecho revocable de los legatarios conforme á su propia calidad y naturaleza, se resolverá efectivamente, recuperando el heredero la casa legada ; pero esto no por devolucion que aquellos le hagan, sino derivando su derecho directamente de la testadora su causante ; lo cual bastaria á desnaturalizar el fideicomiso. Zachariæ.—Derecho Civil Francés, tom. 3º, páj. 185, Nº 3.

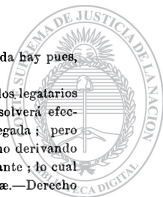
No existe, pues, en el caso *sub judice*, sustitucion propia-mente caracterizada, como en términos expresos lo resuelve el Dr. Segovia. « Es verdad, dice, que el legado puede ser hecho para durar hasta que llegue un término ó se realice una condicion (inc. 2º del art. 3768) ; pero una vez aceptado, no puede salir del dominio del legatario, para pasar á otro, ni el testador puede obligarlo á restituirlo á un tercero ; sino que resuelto el legado, tiene que aumentar la herencia ó acrecer á su co-legatario, ( arg. del art. 3,726. )

« Mas en nada de esto puede hallarse un fideicomiso » tomo 2º, páj. 731, nota 3ª.

El Fiscal quiere suponer, sin embargo, que en la disposicion testamentaria de la señora Carreras, que instituye un legado para los niños pobres y huérfanos de esta ciudad, las reservas condicionales ó eventuales que se hacen en favor del heredero, importasen una sustitucion prohibida y produjesen un verdadero fideicomiso ; la ilegalidad de dicha sustitucion ¿viciaria acaso y anularia el legado mismo?

Hé aquí, Exmo. Señor, un punto importantísimo y capital para la resolucion de la cuestion ; y es estraño por esto, que una sentencia tan doctrinaria, como la que ha venido en apelacion, no se haya preocupado de dilucidarlo, prescindiendo enteramente de él, y dando no obstante por sentado ; que una vez demostrado, que en dicha disposicion hubiese efectivamente fideicomiso ó vinculacion, se anularía desde luego y por el mismo hecho, no solo la sustitucion, mas tambien el legado.

Tal es en efecto, el Derecho Frances en conformidad á



lo dispuesto por el art. 896 del Código Napoleon, y quizá el haberse consultado en este punto Jurisconsultos Franceses, ha cooperado á estraviar la resolucion ; pues que no es esa la doctrina de nuestro Código, que en esta parte se separa de aquel, como vamos á verlo.

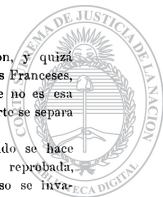
Segun lo hemos espuesto anteriormente, cuando se hace un legado con la cláusula, ilegal ciertamente y reprobada, de no enagenar la cosa á perpetuidad ; no por eso se invalida con todo el legado ; sino que únicamente se anula dicha cláusula, subsistiendo en lo demas la disposicion: bien, pues, otro tanto sucede, cuando al legatario se le impone un sustituto, á quien deba pasar forzosamente la propiedad de la cosa legada, verificándose un fideicomiso prohibido: no por eso se anula el legado, sino solamente la sustitucion, recibiendo de consiguiente el beneficiario en primer lugar, la cosa legada, libre de todo cargo de restitucion.

Siendo resaltantes la analogía y afinidad entre ambos casos, era lógico resolverlos en el mismo sentido : pues el hacerlo de otro modo habria importado inconsecuencia y una contradiccion la mas chocante.

Decidido por tanto en el art. 31, título de los *legados*, que la condicion impuesta, de no enagenar debja tenerse por no escrita, sin perjudicar la validez del legado, debia decirse lo mismo sobre la condicion de restituirlo á un sustituto, que es lo que constituye el fideicomiso.

En efecto, el art. 21, título de la *institucion y sustitucion de heredero*, declara expresamente que la nulidad de la sustitucion fideicomisaria no perjudica la validez de la institucion de heredero, ni los derechos del llamado antes, agregando el art. 22 siguiente « que lo dispuesto en este título sobre las sustituciones de heredero, es aplicable igualmente á los legados. » Es decir, que lo mismo en estos, que en las herencias, la sustitucion fideicomisaria, no vicia, ni anula la institucion.

Sobre estas disposiciones de nuestro Código que segun lo hemos hecho notar, se separan del Derecho Francés, dice el





Dr. Segovia : « Lo inútil no debe viciar lo útil, *utile per inutile non vitiatur*, y las últimas voluntades deben sostenerse en cuanto sea posible. »

« En contra el inc. 2º del art. 896, Francés, que es difícil de justificarse, y daba margen á cuestiones, tom. 2º, páj. 610, nota 38. »

Si, pues, en el legado en cuestion, las reservas hechas en favor del heredero importasen realmente un fideicomiso prohibido. ; Peor para Romaguera! ; Mejor para los niños pobres y huérfanos ! Deberian estos recibir el legado libre de todo gravámen, teniéndose por puro y simple, y por no escrita la cláusula de reversion.



## VIII

Pero, ¿ es cierto al menos, que en la disposicion de que se trata, la testadora al hacer el legado de la casa que determina, para colegio de huérfanos, haya prohibido de un modo absoluto y á perpetuidad el que pueda enagenarse, ni dársele diverso destino ?

Así se ha entendido á la verdad : sobre esta base establecida es que ha versado la discusion : y en fin la supone igualmente, la sentencia recaida en primera Instancia, cuyos considerandos estriban todos sobre ella sin duda de ningun género.

¿ Es, pues, indiscutible que en la institucion del legado exista en efecto, absoluta prohibicion de enagenar ?

Ni aun esto es exacto, Exmo. Señor, y para demostrarlo, le bastará al Fiscal examinar el tenor literal de la cláusula en que se instituye el legado.

« Bien entendido, dice la testadora : que la casa indicada no podrá *bajo pretesto alguno* ser destinada á otro uso, que el que yo dispongo, ni ménos venderse. . . »

Ahora bien : ¿ Qué significa propiamente hablando, y qué debe entenderse por *pretesto* en el riguroso sentido de esta palabra ? No es otra cosa ciertamente, que un motivo insufi-



ciente ó de pura apariencia, que alguien alega para escusarse ó sincerarse, ó bien para justificar una medida.

El decir pues, que no se enagene ó se cambie de destino á la casa legada para un colegio *bajo pretesto alguno*, vale tanto como prescribir, que no se proceda en esto con ligereza, ni se adopten medidas tan trascendentales por motivos frívolos ó insignificantes ; lo cual en verdad sería perjudicial y censurable, conviniendo por consiguiente el impedirlo.

No es lo mismo *pretesto* que motivo, al menos si este es grave, fundado y razonable ; por tanto, el prohibir ó prevenir que la casa no se enagene, ni se le cambie de destino por cualquier *pretesto*, no importa seguramente, como se ha entendido, prohibir de un modo absoluto cualquiera de esas medidas, aun cuando razones de mucho peso, y no puramente ostensibles, las aconsejaran ó las hiciesen necesarias.

Prudentemente recelaba la señora Carreras, que á no procederse en el asunto con toda la madurez y reflexion convenientes, sus benéficos propósitos viniesen á fracasar, y ella misma quedase burlada ; obrando por esto con mucho acierto, al prescribir que sin motivos verdaderos y muy graves, la casa no se venda, ni se saque de ella el colegio para utilizarla de otro modo.

Así explicada la disposicion de la testadora, en el sentido mas propio y racional, lejos de ser ilegal, ni opuesta en nada á las prescripciones del Código, viene á resultar por el contrario, en perfecta consonancia con ellas, á tal punto, que aunque la testadora nada hubiese dicho al respecto, la ley hablando por ella, tenia ya dispuesto lo mismo que aquella ordenaba.

En efecto, pues que la casa se dejaba ó iba á pertenecer á menores de edad, que son personas incapaces, ( niños pobres y huérfanos ) aunque la donante nada hubiese dispuesto al respecto, no habria podido enagenarse, sino concurriendo y comprobándose cumplidamente, motivos muy poderosos y muy graves, clasificados por el Código ; sin darse intervencion al Defensor de Menores : y recabarse en fin, especial



autorizacion del Juez ordinario.—Arts. 26 y 30, tít. 10, y 4, tít. 14, sec. 2ª, lib. 1º del C. C.

¿ En qué ha errado entonces la testadora al prevenir que la casa no debiera enagenarse así no mas, por cualquier *pretexto* ?

Puede ser que en el lenguaje vulgar, la frase de que no se haga una cosa *bajo pretexto alguno*, signifique el que no se haga absolutamente y por ningun motivo ; pero no siendo este su sentido natural y propio, no hay por que atribuírselo con preferencia en la cláusula testamentaria que ha motivado la cuestion ; mucho menos cuando se haga con el objeto de anularla.

Es innegable, por lo menos, que ella seria susceptible de otro sentido mas racional y mas legal al mismo tiempo ; y es tambien regla establecida en la interpretacion de los testamentos, que siendo ambiguo el sentido de una cláusula, se ha de interpretar generalmente á favor de la validez de la disposicion testamentaria ; *cum in testamento ambigüe aut etiam perperan scriptum est, benigne interpretari convenit*. —Digesto, ley 24, tít. 5º, lib. 34.

No se ha procedido así á la verdad en el caso presente, aunque lo persuadia con mayor eficacia, la consideracion de ser hecho el legado á favor de una clase desheredada, pobre y en vista de un gran interés social ; ni hay equidad alguna ciertamente en la sentencia apelada, que por fútiles y mas que dudosos, equivocados fundamentos, anula la indicada disposicion.

Mas, todavia : pues segun queda demostrado, ella se separa tambien, unas veces por error y otras por olvido, de prescripciones legales las mas expresas del Código : díguese por tanto V. E., reparando los agravios que infiere á los niños huérfanos y pobres de esta Capital, revocar en justicia la referida resolucion, como lo solicita el Fiscal á nombre de la causa pública que representa.

Buenos Aires, Agosto 21 de 1882.



## VISTA VIII

### IMPUESTO DE HERENCIAS TRANSVERSALES

#### SUMARIO:

La cuestion ha sido ya resuelta con fundamentos incontrastables por la Suprema Corte—La Constitucion consagra como inviolable la propiedad y su complemento el derecho de testar, cuya reglamentacion corresponde al Código Civil—El sistema de nuestra Constitucion es mixto; y separándose en esto del Federal, reservó á la Nacion la sancion de los códigos generales; inhibiendo á las provincias de poder alterarlos una vez sancionados, como lo ha sido ya el Civil—Con estas disposiciones se procuraba la unidad de la legislacion en los pueblos argentinos, que solo se obtendria por la primera, y solo se conservaria por la segunda—El haberse dejado á las provincias la aplicacion de los Códigos en los casos ordinarios, no les quita el carácter de nacionales, ni la supremacia que éste les dá, respecto á cualquier disposicion provincial—Alcance de esta supremacia: las leyes de la Nacion, entre ellas los Códigos, prevalecen no solo sobre las disposiciones reglamentarias ó administrativas de las provincias, sino tambien sobre las orgánicas y fundamentales—La conservacion de las legítimas no menoscaba el derecho de propiedad, que nunca ha existido entre nosotros sin este gravámen legal, derivado del concepto germánico de la comunidad en la familia—La deduccion de las cuotas determinadas en la ley de 26 de Setiembre de 1875, haciendo concurrir al fisco, en las sucesiones testadas con los herederos instituidos, y en las intestadas con los parientes mas próximos, altera la Jurisprudencia del Código—Aquella disposicion es puramente provincial y solo subsiste como tal, sin haber sido aprobada por el H. C.—Diversos capítulos en que la citada ley provincial resulta en oposicion al Código Civil—1° Reduce considerablemente la porcion disponible por el testador, y amengua el derecho de los parientes para suceder *ab intestato*—2° Restringe la capacidad de la Iglesia, á quien el Código la reconoce plena para adquirir; estimando su autor las disposiciones que se dan en sentido contrario, injustas y nacidas solamente de espíritu de hostilidad—3° La ley provincial á título de impuesto, falseando los principios que rigen en





las herencias, ensancha los derechos sucesorios del fisco determinados en el Código—Si los gobiernos provinciales pudiesen deducir el 10 y el 50 por ciento, podrían deducir también el 99; y si les fuese permitido hacerlo en las herencias transversales, les sería lícito también ejecutarlo en las demás; quedando entonces todo el sistema de sucesiones dependiente de sus disposiciones financieras—4° La deducción de cuotas hereditarias autorizada por la ley provincial, es incompatible con el sistema de sucesión única establecido en el Código; pues las provincias en que no rige una disposición semejante, resultarían de peor condición—5° La antigua legislación establecía, además del derecho transversal, las mandas forzosas; las cuales han caducado, por no mencionarse en el nuevo Código, y tampoco pueden ser restablecidas sin alterarse éste, ó por quien no tenga la facultad de variarlo—6° La ley provincial altera también lo dispuesto en el Código sobre la manera de hacer la liquidación y división de la herencia; las cuales solo en ciertos casos tienen que ser judiciales; mientras que la regulación del impuesto induce en otros muchos, la necesidad del procedimiento judicial, con grave daño de los interesados, por la demora y los gastos que ocasiona—Argumentos con que se defiende la disposición de que se trata—I. Las provincias conservan todo el poder no delegado; y en materia de impuestos, pueden establecer aquellos que no hayan sido reservados exclusivamente á la Nación, y no les estén prohibidos—Además de las restricciones impuestas á los Estados en la Constitución, hay otras concernientes á la propiedad, derivadas de la naturaleza de un gobierno libre: doctrina de Story sobre este punto—No es exacta la regla de que los impuestos provinciales solo puedan resultar inconstitucionales por haber sido reservados á la Nación, ó estarles prohibidos á las provincias; pudiendo serlo también por otras muchas causas que se expresan—II. Que la provincia de Buenos Aires, al establecer el impuesto en cuestión, procedía en cumplimiento de la obligación que le prescribía la Constitución Nacional, de proveer á la Educación Común—Este argumento es de ningún valor; pues aquella cláusula constitucional no importa ampliación á las provincias de la facultad de imponer; no teniendo la naturaleza del impuesto relación alguna con los objetos á que se aplica—III. El Derecho Administrativo, al cual pertenece la materia de impuestos, es superior al Derecho Civil, según la máxima: *Jus privatum sub tutela juris publici latet*—Esta máxima no tiene el sentido que se le atribuye, y es mal aplicada en el caso: exposición que de ella hace Colmeiro en sentido contrario—El Derecho Administrativo arranca de la Constitución y leyes reglamentarias, encontrando un límite insalvable en los derechos privados—No es admisible un Derecho Administrativo provincial en oposición á la Constitución y leyes Nacionales; la última de las cuales es superior á las orgánicas y fundamentales de las provincias—Aun en las materias constitucionales ó legislativas, cuya reglamentación se ha reservado á las provincias, éstas no pueden alterar los principios, ni crear ó suprimir derechos; debiendo proceder en conformidad de aquellos—En caso contrario, sus disposiciones pueden ser reclamadas como inconstitucionales, aun cuando fuesen leyes de impuestos—Se combate la teoría opuesta;

pues el impuesto puede muy bien ser el instrumento de demolición del edificio constitucional: doctrina y ejemplos tomados del Dr. Alberdi—Así, resultando inconstitucional el impuesto en cuestión por cuanto altera el Código Civil, es equivocada, y debe revocarse la sentencia apelada, que declara lo contrario—Debe también apercibirse al procurador del Consejo de Educación por su proceder desacatado, al clasificar de *atentado*, la resolución de la Suprema Corte á que se hace referencia.



*Erma. Cámara:—*La cuestión que se discute en el expediente que se ha comunicado en vista al Fiscal, á saber, la constitucionalidad de la ley provincial de Buenos Aires, fecha 26 de Setiembre de 1875, que establece como impuesto, la deducción de una cuota en las herencias transversales, ha sido ya resuelta en sentido negativo por la Suprema Corte, con mucho acierto en concepto del esponente; y bajo fundamentos tan incontrastables, que después de ellos solo quedan cavilosasidades, argucias y sofismas para defender el enunciado impuesto.

Consagrados en la Constitución, pues no podían dejar de serlo, el derecho de propiedad y su complemento indispensable, según el ilustre Thiers, la facultad de testar, que debían recibir su reglamentación en el Código Civil, la sanción de este y demás códigos generales fué reservada á la Nación, con inhibición á las provincias de poder alterar sus disposiciones una vez que hubiesen sido sancionados, como lo ha sido efectivamente el Código Civil.

Esta reserva á favor del Gobierno General no era propia ciertamente del sistema federal; pero el de nuestra Constitución es mixto: y en este punto se separó de aquel, encontrando grandes ventajas en la uniformidad de legislación en todo el país; á la cual, por otra parte, solo podría arribarse por medio de códigos comunes sancionados por el Congreso, y solo se conservaría prohibiendo en seguida, como se hizo, á los gobiernos provinciales, alterarlos ó modificarlos.

En verdad, á procederse de otra manera, bien poco se



habria avanzado á favor de la unidad de legislacion entre los pueblos argentinos ; porque muy luego sucesivamente, cada una de las provincias, segun las opiniones que en ella prevaleciesen, habria ido reformando y alterando dichos códigos: de suerte que antes de transcurrir mucho tiempo, la uniformidad de la jurisprudencia habria desaparecido completamente.

Se dejó es cierto, á los Tribunales provinciales la aplicacion de los códigos comunes, toda vez que las personas ó las cosas á que una cuestion se refiriese, no establecieran especialmente el fuero federal; mas no por esto aquellos pueden considerarse en ningun sentido provinciales; distinguiéndolos siempre de esta clase de instituciones, la superioridad de su origen y la supremacia que este les comunica, sobre cualquier disposicion de carácter local.

« Esta Constitucion, dice el art. 31, de la misma, las leyes de la Nacion que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las Potencias extranjeras son la ley suprema de la Nacion : y las autoridades de cada provincia están obligadas á conformarse á ellas no obstante cualquier disposicion en contrario que contengan las leyes ó constituciones provinciales ».

Repárese V. E. en la energia, eficacia y alcance de esta declaración : segun la cual cualquier ley nacional, siempre que al darla el Congreso, proceda dentro de sus atribuciones, como no puede dudarse que sucede en la sancion de los códigos generales, es superior á toda ley de carácter provincial que se le oponga, aunque esta fuese la Constitucion misma.

Conviene que se tengan presentes los términos absolutos de esta declaracion ; porque los defensores del derecho de herencia transversal, no pudiendo desconocer, que la deducion que él importa de una cuota hereditaria, altera gravemente las disposiciones del Código Civil, han recurrido últimamente en este punto, á un especioso subterfugio.

La ley de que se trata, dicen, es de carácter administra-



tivo y una disposicion puramente financiera, que está muy por encima del Código Civil : semejante doctrina aceptada por el Juez *á quo*, que erróneamente admite un Derecho Administrativo en las provincias contrario á la Constitucion y leyes Nacionales, á las cuales aquellas son obligadas á conformar las suyas, recibe su condenacion terminante, de la declaracion que dejamos transcrita ; pues segun ella la mas insignificante disposicion del Congreso, dada en prosecucion de los fines constitucionales, debe prevalecer no solo sobre las disposiciones reglamentarias, sino tambien sobre las leyes orgánicas y fundamentales de las provincias.

En tal supuesto, la cuestion, á juicio del Fiscal, se reduce á averiguar si efectivamente el impuesto de una cuota sobre las sucesiones, que establece el art. 62 de la ley Provincial de 26 de Setiembre de 1875, traiga ó nó alteracion en los derechos reconocidos y disposiciones contenidas en el Código Civil ; porque, si en realidad resultasen disconformes, no subsistiera ya duda alguna ; y los Tribunales, siendo obligados á juzgar con preferencia por las leyes nacionales, es claro que deberian prescindir de aquella disposicion.

En vano se observa que si el establecimiento de las legítimas por el Código Civil, no altera la facultad de testar garantida en la Constitucion Nacional, tampoco la restringe ni menoscaba la deduccion de una cuota sobre ciertas sucesiones exigida por el impuesto.

Las legítimas pueden considerarse un grávamen natural de la propiedad, el cual fluye espontáneamente de la nocion misma de aquella, segun nuestras costumbres tradicionales y nuestra antigua legislacion : derivándose quizá esa nocion del concepto germánico de la coopropiedad en la parentela : que nos induce á reconocer en los hijos algun derecho en los bienes del padre aun durante su vida y vice-versa.

Pero la concurrencia del Fisco junto con los herederos llamados expresamente por el testador ó su introduccion entre los parientes, es una disposicion de todo punto arbitraria, que no tiene fundamento de equidad, ni raiz alguna



en la naturaleza : y que menoscaba en realidad considerablemente, el derecho de propiedad y la facultad que él implica de disponer libremente de los bienes.

En vano tambien se pretende que despues de la federalizacion de esta Capital, el indicado impuesto debe considerarse nacional ; subsanándose con esto su inconstitucionalidad resultante de que por medio suyo, la autoridad Provincial viniese á modificar una ley nacional, cual es el Código Civil.

La cláusula contenida en la ley de cesion, de que mientras el H. C. no determinase al respecto, continuarian vijentes en la Capital los impuestos establecidos, con excepcion de los que se expresaban, no importó ciertamente otra cosa, que una garantia estipulada en favor del Municipio. de que este no seria gravado con impuestos nuevos y arbitrarios : de ninguna suerte el que tampoco pudiera suprimirse ninguno de los existentes.

Vice-versa : la Nacion al aceptar por acuerdo del Ejecutivo la indicada condicion, y al dejar subsistentes los impuestos establecidos, no los aprobaba sin embargo prestándoles su autoridad y convirtiéndolos en nacionales, cosa que solo el Congreso pudiera hacer : sino que simplemente se abstenia de mandarlos cesar y esto, como debe suponerse, en el concepto de que fuesen arreglados á la Constitucion.

Veamos, pues, porque en eso consiste únicamente, la resolucion de la cuestion sobre la constitucionalidad ó inconstitucionalidad del derecho del herencias transversales, si en realidad él viene á alterar ó no, las disposiciones del Código Nacional y el arreglo de las sucesiones en él establecido : desde luego el Fiscal no trepida en sostener la afirmativa, creyendo fácil demostrarla.

1º El Código al establecer las legítimas, obliga al que tiene ascendientes, descendientes ó esposa, á reservarle la parte que determina de la herencia; pero salvada aquella, le permite disponer libremente del resto, en favor de quien quiera, no siendo persona incapaz; y para los fines que



estime mas convenientes, desde que no sean inmorales ó ilícitos.

La ley Provincial, apoderándose á título de impuesto, de una cuota considerable de aquella misma parte de que únicamente, segun el Código, se podía disponer con entera libertad; ó deduciendo dicha cuota de la herencia cuando no hay herederos forzosos, limita gravemente las facultades del testador; y en muchos casos, los derechos del heredero.

A una persona que tiene descendientes legítimos, el Código sólo le permite disponer libremente de un quinto: supon-gamos pues que lo hace efectivamente, destinándolo para sufragios y obras de caridad en favor de su alma: entón-ces el Fisco provincial fundado en una disposicion estra-ña, reclama para sí la mitad del quinto. ¿Qué queda pues real-mente disponible? Es manifiesto que una décima parte de los bienes solamente.

2º El Código Civil fundado, segun lo explica su pro-pio autor, en que así como no convienen privilegios fa-vorables que se oponen á la igualdad, tampoco son admi-sibles los odiosos que importan siempre una iniquidad, ya que ningun derecho especial concedió á la Iglesia, no le negó al menos, la misma proteccion que á todos dispen-saba, reconociéndole sin limitacion alguna, plena capacidad para adquirir y poseer bienes de cualquier clase.

Siendo la Iglesia, dice el Dr. Velez una institucion no solo útil, sino de todo punto necesaria, no hay razon al-guna para coartarle los medios de subsistencia y desarrollo limitando ó restringiendo su capacidad de adquirir, que en paises libres como los Estados Unidos, ningun mal re-sultado ha producido.

Las leyes que desde fines del siglo pasado se están dando en sentido contrario, por mas que se invoquen razones económicas ú otros motivos mas ó menos aparentes y es-peciosos, en realidad son dictadas por espíritu de hostili-dad á la Iglesia, con la mira cuando menos, de subordi-





narla absolutamente al poder civil sacrificando los principios; y no conviene en manera alguna, imitar tales disposiciones.

Pero viene la ley provincial y dice: mejor que hacer funerales por el alma del testador, mejor que socorrer á los sacerdotes pobres, mejor en fin, que cualquier otra obra piadosa que pueda proyectar el testador, es el mantenimiento de las escuelas fiscales; y en esta virtud se aplicará á favor de estas la mitad de lo que se deje con tales objetos. ¿Hay ó nó violacion de la libertad de disposicion concedida en el Código? ¿Hay ó nó restriccion á la Iglesia en su capacidad de adquirir? ¿Hay ó no en fin, espíritu de hostilidad, en concepto del Codificador?

3º En el Código Civil se reglamentan los derechos sucesorios del Fisco, que solo hereda *ab-intestato*; porque habiendo disposicion testamentaria del dueño, su voluntad es sagrada, y debe prevalecer; y aun en aquel caso hereda solamente por falta de parientes; pues solo entónces se puede presumir razonablemente, que tal fuese la voluntad del finado.

Pero la ley provincial, con un cambio de nombre, llamándolo impuesto á las sucesiones, en vez de derechos hereditarios, encuentra la manera de hacer concurrir al Fisco, en las sucesiones testadas, con los herederos instituidos sino fuesen forzosos; y en las intestadas con los parientes mas próximos, escepto los hermanos únicamente; y tenemos de esta manera trastornada enteramente la reglamentacion del Código Civil, en la materia de sucesiones.

Si las provincias pueden prescribir la deduccion de un diez y aún de un cincuenta por ciento en las herencias transversales, ¿por qué no podrian ordenar la deduccion de un noventa y nueve por ciento? Y si les es lícito gravar á los herederos estraños ó de la línea colateral, ¿por qué no habia de serles permitido hacerlo con los de la línea recta? Y tendríamos entonces todo el sistema de sucesiones establecido en el Código, dependiente de un modo absoluto, del estado financiero de cada provincia.



4º El Código Nacional ha establecido como mas conveniente y ventajoso, el sistema de sucesion única; no reconociendo en toda la República sino unos mismos herederos; y formando una sola masa de los bienes pertenecientes á la sucesion, donde quiera que se encuentren situados, aunque se hallen desparramados en diversas provincias; y declarando Juez competente de la sucesion, al del último domicilio del finado.

Mas este sistema se haria impracticable, si algunas provincias, ya fuese en casos determinados ó en todos, gravasen la sucesion con fuertes impuestos; y esto, sin distinguir ni la vecindad del heredero, ni el lugar de la situacion de los bienes, como lo hace la ley de Buenos Aires que nos ocupa; pues las demas provincias en que no existiera tal impuesto, resultarían de peor condicion.

Muy posible es que un vecino de esta provincia disponga de sus bienes á favor de un pariente domiciliado en Entre-Rios, por ejemplo, ó á favor de un individuo residente aquí de bienes situados allí: ¿con qué justicia se aplicaria en estos casos el impuesto al sosten y mejoramiento de las escuelas de Buenos Aires? ¿No es claro que la de Entre-Rios resultaria perjudicada? El heredero ó legatario puede asimismo ser un establecimiento público nacional ó provincial, como el Colegio de Huérfanas en Córdoba ó el Hospicio de Inválidos en esta capital: la ley no distingue: y aplica su impuesto sin averiguar sobre quien recae.

Puede serlo la Iglesia Metropolitana, que sin disputa es un establecimiento nacional, que parece debia eximirse: peor entonces, porque el impuesto se aumenta desde un diez á un cincuenta por ciento.

Puede tambien la disposicion testamentaria tener por objeto la ereccion de un templo, que es un monumento público; mas á pesar de esto sucederá lo mismo. ¿Acaso no es obra piadosa de carácter religioso? Sin embargo, en este caso el impuesto aparece tan monstruoso, que dias



pasados los Tribunales lo han declarado inadmisibile; y lo que es mas, el representante mismo del Consejo se ha visto forzado á reconocerlo, acatando esta resolucion.

5° En nuestra antigua legislacion, ademas de deducirse una pequeña cuota á favor del Estado, de lo que se dejase ó heredasen los parientes colaterales y los estraños, (la Iglesia y las obras pias no se hallaban gravadas), el testador era obligado á hacer ciertas mandas, que por esto se denominaban forzosas, para la redencion de cautivos, sostenimiento de los hospitales, atencion de los Santos Lugares, etc.

Mas habiendo declarado el Código que todo cuanto no estuviese establecido en él, esplicita ó implícitamente, debia considerarse derogado, pues no conservaba vigor alguno; y no hablándose en él nada absolutamente, de las referidas mandas forzosas, se ha entendido con razon que habian cesado: debiendo decirse lo mismo y por igual motivo, de los derechos del Fisco en las herencias que se transmiten fuera de la línea directa, cuando existan parientes ó herederos instituidos.

Ademas, si el motivo de considerarse variado sobre estos puntos el régimen de la antigua legislacion relativo á las sucesiones, es el de no resultar acordes con el nuevo Código, esa misma consideracion debe hacer estimar como contraria á sus prescripciones la legislacion reaccionaria de algunas provincias, en el sentido de restablecer ya sean las mandas forzosas ó los derechos de herencia transversal, desde que no les es permitido reformar dicho Código.

6° En fin, este reglamenta tambien la manera de practicarse el inventario de los bienes, liquidarse la herencia y procederse á la division, que solamente hay necesidad de que sea solemne y judicial, existiendo menores ú otras personas incapaces entre los herederos, pues no sucediendo esto, aquellos pueden muy bien practicarla privadamente, en la forma en que se convenga.



Pero la ley provincial sobre herencias transversales, imponiendo precisamente, la intervencion de los Tribunales á fin de liquidar el importe del enunciado impuesto; desde que los agentes del Consejo no podrian celebrar arreglo alguno con los interesados, induce tambien la necesidad de la division judicial aún fuera de los casos determinados en el Código, naturalmente con grave perjuicio de aquellos por la demora y gastos consiguientes.

Se ve por lo expuesto que la mencionada ley provincial de 26 de Setiembre de 1875 no solo altera las disposiciones del Código Civil de la Nacion, que reglamentan los derechos sucesorios; sino que apenas subsiste en este capítulo, alguna concerniente á la materia, que no venga á sufrir un completo trastorno por virtud del espíritu fiscal que todo lo pervierte: *cujus nunquam mala causa, nisi sub bono Principe.*

Demostrada la inconstitucionalidad de la disposicion que nos ocupa, conviene para completar su exámen, hacernos cargo de los argumentos con que se la apoya, y se la pretende sostener; pues cuando hayamos palpado la debilidad é inconsistencia de estos con la mejor doctrina, la verdad resaltará todavia mas.

## I

Se alega en primer lugar que en nuestro sistema federal de gobierno, los Estados conservan el poder no delegado á la Nacion; y que en materia de impuestos, concurren con ella en la facultad de establecer todos aquellos, que no han sido reservados exclusivamente, ni les han sido prohibidos de un modo especial.

Lo primero es ciertamente un principio demasiado conocido y vulgar; pero propósito del cual se olvida con frecuencia, como sucede esta vez, la importante doctrina de Story, segun la cual, ademas de las restricciones impuestas á los Estados en la Constitucion General, hay otras que se consideran derivadas directamente, de la naturaleza de un go-



bierno libre, concernientes á la propiedad, y que comprenden todo aquello que se pueda reputar como un ataque á la misma, cualquiera que sea su forma ; el cual jamás obtiene absolucion de los Jueces.

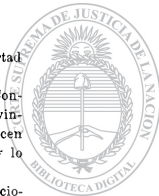
Oigámosle, dice así : « Se ha agitado con vivacidad la cuestion de saber, si independientemente de la Constitucion de los Estados Unidos, la naturaleza de un gobierno libre y republicano imponia tambien restricciones al Poder Ejecutivo de los Estados. Generalmente hay conformidad en pensar que despues de la Revolucion Americana, ningun gobierno tiene el derecho de hacer el menor ataque á la propiedad. »

« Un gobierno libre debe mirar como sagrados é inviolables los derechos de propiedad y libertad individual ; á lo menos, *ningun tribunal de justicia* en este país se encontraria justificado, consagrandó semejante violacion de derechos, ya resultase de términos generales ó implícitos. No se debe, en efecto, presumir facilmente que, sin formal declaracion el pueblo haya renunciado á derechos tan íntimamente ligados á su bienestar y seguridad. »—Comentario, lib. III, capítulo XXXVI, N° 716.

Lo segundo, es decir, el que los impuestos provinciales solo deban considerarse inconstitucionales, cuando recaen sobre materias reservadas exclusivamente á la Nacion, ó les han sido prohibidos de un modo especial, es inexacto y erróneo, pues la inconstitucionalidad puede originarse de otras muchas y diversas causas.

Tal sucederia, por recaer sobre personas ó cosas no sujetas á la jurisdiccion de la Provincia que estableciese el impuesto ; como si gravase bienes nacionales, empresas autorizadas y subvencionadas por la Nacion, ó establecimientos de cualquier género costeados y sostenidos por su tesoro, verbi gracia : los del culto católico.

Así mismo, por versar sobre materias, que lejos de constituir monopolio federal, ni siquiera podrian ser objeto de impuestos para la Nacion misma, como por ejemplo el que recayese sobre la inmigracion, que el Congreso no puede



restringir, ó sobre pasaportes, que menoscabaria la libertad de traslacion.

Lo serian tambien por chocar con las facultades del Congreso, lo que se verificaria con los impuestos que las provincias litorales pudieran establecer sobre los buques que hacen el comercio directo, cuando la reglamentacion de éste y lo que concierne á la navegacion corresponde al Congreso.

Los impuestos provinciales serian tambien inconstitucionales por último, siempre que importasen la supresion de un derecho ó la relajacion de una garantía establecida en la Constitucion, contrariando en la práctica, sus importantes fines y elevados propósitos ; sobre lo cual hemos de volver mas adelante.

## I I

Se observa que precisamente la Legislatura de Buenos Aires, al establecer el impuesto en discusion, procedia en cumplimiento de un precepto de la Constitucion Nacional, que para garantir á las provincias el goce y el ejercicio que les concede de sus instituciones, les impone por condicion expresa, la de establecer el régimen municipal y proveer á la educacion comun.

Causa asombro en verdad, Exmo. Señor, el que se proponga con seriedad, un argumento tan frívolo y tan inconsistente ; pues el imponerse á las provincias el expresado deber, no importa ciertamente, en manera alguna, habérseles ampliado con el objeto de facilitarles su cumplimiento, la facultad de imposición.

Tratando de llenar pues, los gobiernos de provincia este importante é imperioso deber, bien pueden sin embargo, echar mano á la vez de recursos irregulares y de medios censurables, que no por aplicarse á objeto tan laudable como la educacion, dejarian de merecer ser reprobados.

El fin no justifica los medios : *non sunt facienda mala, ut eveniant bona* ; y siendo aquel excelente, estos pueden muy



bien ser detestables : desde que no existe relacion alguna necesaria entre la naturaleza del impuesto y los objetos á que se aplica : á discurrirse de otra manera, vendríamos á parar en que no hay extorsion alguna que no pudiera legitimarse por la bondad del fin á que se destinara, lo que por su medio se obtuviese.

La misma confiscacion de bienes podria disculparse y justificarse, desde que se aplicase el producto al sostenimiento de las escuelas y mejora de la educacion comun : pues entonces podrian reproducirse en su favor, los mismos sofisticos argumentos, que ahora se emplean en defensa del impuesto en discusion, á saber : que el Gobierno Provincial habia procedido en cumplimiento del deber constitucional que le prescribe atender á la educacion primaria.

Tambien se prescribe á las provincias organizar el régimen municipal : el cual supone sin duda alguna, el establecimiento de impuestos destinados á sostenerlo : y sin embargo, esto no ha impedido el que en distintas épocas, se hayan declarado inconstitucionales, diversos impuestos municipales, establecidos en varias provincias.

Bajo el imperio de la Constitucion de la de Buenos Aires, que prohibia absolutamente la loteria, ¿ habria dejado de ser inconstitucional un impuesto sobre este juego. por mas que su producto se hubiese destinado íntegramente al sostenimiento de las escuelas, en cumplimiento del deber que pesa sobre el gobierno acerca de estas ? No, ciertamente : entonces pues, á pesar de la existencia de ese deber y de la excelencia de la educacion, la cuestion sobre la constitucionalidad del impuesto de que se trata, permanece intacta ; siendo de ningun valor la observacion con que se la pretende resolver.

### III

Hay un último argumento novísimamente descubierto, á favor del impuesto de herencias transversales ; el cual se



produce con cierto aparato, que le dá sin duda, alguna importancia aparente, aunque quizá bien examinado es el mas débil é inconsistente de cuantos se han propuesto en la discusión de esta materia.

El Derecho Administrativo, se dice, al cual corresponden los impuestos, teniendo por objeto los intereses comunes y las exigencias de la vida social, es superior á la legislación civil que regla los derechos de los particulares, los cuales deben subordinarse á la utilidad pública, *jus privatum sub tutela juris publici latet*: de lo cual se intenta deducir que las leyes de impuestos de las provincias *están muy por encima* del Código de la Nación.

No cabe en verdad un error mas grosero, ni una consecuencia mas descabellada ! ¿ Qué significa la máxima mencionada de la legislación romana, de que los derechos privados son tutelados por el Derecho Público ? La significacion mas ajustada y natural seria la de que, aquellos derechos tienen su garantía en la organizacion del Estado y en los derechos políticos de los ciudadanos, que efectivamente no son sino medios de resguardar la libertad y la propiedad.

Puede admitirse si se quiere, que la indicada máxima denote inferioridad en las materias que tiene por objeto el Derecho Privado, respecto á los que se propone el Derecho Público en la tranquilidad y seguridad del Estado; y el Derecho Administrativo, en la satisfaccion de las necesidades comunes y exigencias de la vida social ; pero sin que se siga de aquí que el derecho de los particulares pueda ser sacrificado á estos objetos; no sirviéndole de obstáculo al Poder Administrador las leyes civiles que los protejen.

Veamos cómo expone esta máxima Colmeiro de quien se ha tomado; suprimiéndose sin embargo el comentario, por cuanto no cuadraba al propósito con que se aducia. « Como el Derecho Administrativo, dice aquel autor, ocupa una region media entre el Público y el Civil, pues se deriva del primero y en cuanto al segundo prevalece aquella máxima, *jus privatum sub tutela juris publici latet*: es





llano que el Poder Administrativo reconoce límites precisos y exactos que su accion debe respetar *conforme a la letra de las leyes y al espíritu de la Constitucion*. Conviene pues, esponer el texto y declarar el espíritu de estas leyes, que siendo fundamentales en el órden político, lo son igualmente con respecto al órden administrativo.» Tomo I. N° 63.

Como puede notarlo V. E., Colmeiro aduce la máxima de que el derecho privado se encuentra tutelado por el público, precisamente para probar que el Poder Administrativo no es arbitrario ni absoluto en los medios que emplea: pues encuentra un límite insalvable en la Constitucion y en las leyes; mientras que el representante del Consejo de Educacion la invoca intentando demostrar con ella, que la facultad de imposicion en las provincias por corresponder al Derecho Administrativo, no puede hallar obstáculo alguno, en los derechos particulares reconocidos y garantidos por leyes nacionales, como lo es ciertamente el Código Civil.

Nada mas fundado y razonable que la doctrina de Colmeiro: no se concibe en efecto, un Derecho Administrativo en oposicion á la Constitucion y á las leyes que deben servirle de fundamento ó punto de partida; y mucho menos es admisible en nuestro sistema, un Derecho Administrativo provincial contrario á la Constitucion y leyes Nacionales, á las que los gobiernos particulares deben conformar sus instituciones; y la mas insignificante de las cuales, es superior á las leyes orgánicas y fundamentales de las provincias, que bajo ningun pretexto pueden escusarse de obedecerlas.

#### IV

Aun en aquellos puntos en que la Constitucion ha dedado sus principios á la reglamentacion de las provincias, estas no pueden suprimir los derechos reconocidos en aque-



lla, ni siquiera alterarlos so pretexto de reglamentarlos, como en su caso no le seria permitido hacerlo al Congreso, Moreno «Obras Jurídicas», tomo 1º, cap. VIII, pág. 306, y toda medida repugnante á la Constitucion, ya lo sea directamente, ó se oculte por medio de rodeos y de subterfugios, procurándose encubrir su verdadero propósito, y paliándose sus tendencias refractarias con cualquier pretexto, aunque este consista solamente en procurarse recursos para objetos del gobierno, puede ser reclamada sin duda alguna, como inconstitucional.

Otro tanto sucede en las materias del Código Civil, que este ha abandonado espresamente á la reglamentacion de los gobiernos de provincia: estos pueden ciertamente desarrollar mas los principios, y completar sus disposiciones, descendiendo á los detalles y casos no previstos; pero de ninguna suerte les es permitido alterar el sistema, ni contradecir su doctrina; crear nuevos derechos y suprimir ó restringir los que aquel reconoce.

Podrán, por ejemplo, establecer Registros Cívicos, pero no quitar á los parroquiales el valor que el Código les acuerda. La enagenacion de las tierras públicas es sin duda materia administrativa, mas no podrian hacerla sino por escritura pública ó documento auténtico como previene el Código; mucho menos darlas á censo ó en enfiteusis ó fiarlas, atribuyéndose en garantia hipoteca tácita; derechos todos que aquel ha suprimido.

Administrativo seria tambien autorizar Bancos particulares de depósito ó de emision; mas no podrán á pesar de esto, conferirles privilegios que el Código hubiese suprimido. Pueden reglamentar el reparto de las aguas; pero deben proceder en el concepto de que todas las que corren por cauce natural son públicas, y no susceptibles de propiedad particular. Podrán en fin, reglamentar la concesion y el laboreo de sus minas; pero tomando siempre por base los principios que establezca el Código General de Minería.

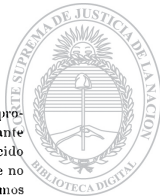
V

Nadie se atreveria á poner en duda el que una ley provincial pudiera ser reclamada como inconstitucional ante la Suprema Corte, cuando suprima un derecho reconocido por la Constitucion; pero á veces se ha pretendido que no hay recurso alguno contra la alteracion de esos mismos derechos, por medio de una reglamentacion abusiva, ó por impuestos desproporcionados, inequitativos é injustos aunque tal doctrina es errónea, y carece de todo fundamento.

El punto es importante y mereceria ser tratado con alguna amplitud: mas respecto á V. E. esa duda no puede existir, desde que ejerce la misma jurisdiccion en la Capital, que antes correspondia á los Tribunales de la provincia, á los cuales nunca seria posible desconocer competencia para examinar la constitucionalidad de cualquier disposicion sancionada por aquella, aun en materias de su fuero, y en ejercicio por parte de sus autoridades de la jurisdiccion no delegada.

Al discutirse la ley que nos ocupa, se está procediendo efectivamente, en el sentido de que tratándose de impuestos, sobre materias de la competencia de las provincias, la medida que los establece, jamas puede resultar inconstitucional, cualquiera que sea la forma, la tendencia y el resultado: ó de que por lo menos una medida tal, no se halla sujeta á revision y exámen por la Suprema Corte: lo que ciertamente no es exacto: pues el impuesto abusivo (y tambien se abusa de una facultad propia), puede ser facilmente el medio mas comun de violar y destruir las garantias constitucionales.

La Constitucion Nacional sanciona por ejemplo la libertad de comercio; pero las provincias por via de impuesto ó como recurso administrativo y financiero, podrian establecer el estanco de ciertos articulos, como el del ta-





baco y de la sal, que ya en otras épocas ha existido, ó conceder exclusivas en otros ramos, que tambien las ha habido: hé aquí como por medio del impuesto se violaría la Constitución, suprimiéndose una importante garantía.

Tambien sanciona la Constitución la libertad de industria; pero los gobiernos de provincia adoptando el sistema proteccionista, ó favoreciendo por otro móvil á las unas, y gravando excesivamente á las otras, con impuestos desproporcionados é inequitativos; ó bien exigiendo indebidamente una autorizacion costosa é innecesaria para el ejercicio de ciertas profesiones, echarian tambien por tierra aquella preciosa garantía.

## V I

Como se comprende, los ejemplos podrian multiplicarse al infinito con suma facilidad, en el mismo sentido de demostrar que el impuesto se convertiría á veces en instrumento de demolicion del edificio constitucional: lo cual hizo decir al Dr. Alberdi testualmente: «No hay garantía de la Constitución, no hay uno de sus propósitos de progreso que no puedan ser alterados por la contribucion.» Sistema económico y rentístico, § 5º, páj. 632.

No seria posible pues, suprimir en esta materia, so pretexto de ser económica y administrativa, el control de los Tribunales: porque si por el impuesto pueden ser alterados todos los derechos y violadas todas las garantías, privar á los agraviados de ocurrir á los jueces en demanda de justicia, importaria en realidad quitar á esos derechos toda sancion, y hacerlos de todo punto ilusorios.

Si como no puede ponerse en duda, por hallarse expresamente resuelto, las leyes provinciales repugnantes á la Constitución son nulas, y es permitido en última instancia reclamarlas ante la Corte, preciso es convenir que debe decirse lo mismo de las que sancionan impuestos; por mas que se alegue ser materia económica y administrativa, para las provincias.

Fuera de la Constitucion que establece la organizacion de los altos poderes del Estado, y fija el Derecho Público de sus habitantes, todo viene á ser reglamentario y administrativo, sin dejar por esto de poder muy bien resultar refractario ó inconstitucional; hallándose por tanto sometido en los casos contenciosos á la competencia y decision de los Tribunales.

Por parte de las provincias, el reformar ó alterar el Código Civil de la Nacion, ya sea por reglamentos, por medio de impuestos ó de otro modo cualquiera, cuando aquello les está prohibido de un modo espreso, seria ciertamente inconstitucional; y habiéndose demostrado tambien que tal sucede por consecuencia de la ley en discusion que establece la contribucion denominada de herencias transversales, debe declararse asi en definitiva, y revocarse por tanto la sentencia apelada.

No terminará el Fiscal sin llamar seriamente la atencion de V. E. sobre la conducta irreverente y desacatada del representante del Consejo en este asunto, al clasificar de *atentado*, la sentencia de la Suprema Corte á que se hace referencia; pues mereciendo en todo sentido, este alto Tribunal el mayor respeto, V. E. no debe tolerar el que de esa manera se aje su dignidad; antes bien, debe apercibir á dicho procurador para que se abstenga en lo sucesivo de reincidir en aquella falta, mandando ademas testar el indicado concepto.

Buenos Aires, Enero de 1884.



# VISTA IX

## IMPUESTO SOBRE LEGADOS PIADOSOS

### SUMARIO:

Exposicion de la cuestion y del estado en que se encuentra—La propiedad es un derecho primitivo, que contiene en sí la facultad de testar; y ambos se encuentran garantidos en nuestra Constitucion—En las demas se halla siempre la misma garantía: pero aquella contiene una especialidad respecto á todas las que acuerda, cuyo origen se explica—La reglamentacion de la propiedad, en cuanto á la capacidad para adquirirla y facultad de transmitirla, corresponde á la Nacion, por ser materia del Código Civil—La deducccion de cuotas hereditarias alteraria la distribucion de los bienes de la sucesion, que debe hacerse segun el Código; y no pueden por tanto ordenarla las provincias por vía de impuesto—La ley Provincial de 26 de Setiembre de 1876 induciendo en todos los casos, la necesidad de la liquidacion judicial, altera tambien en esto las disposiciones del Código—Las altera así mismo, en cuanto limita la plena capacidad de la Iglesia para adquirir, imponiéndole como condicion cargos sumamente onerosos—El sostenimiento del culto católico, constitucionalmente es á cargo de la Nacion, pero la provincia de Buenos Aires se ha obligado á cooperar á ese respecto—Esto implica sobre todo, no gravarlo con impuestos, que quitarian á la Iglesia lo que le diera por otros medios, y que vendrian á recaer sobre el Tesoro Federal—Segun el Dr. Alberdi, en consecuencia de la declaracion contenida en el art. 2º de la Constitucion, el culto entra á formar parte de la Administracion Nacional—Opiniones de Story y Kent, apoyadas en resoluciones de la Suprema Corte de Estados Unidos, sobre que las provincias no pueden gravar ningun ramo de la Administracion Federal—Se recuerdan entre nosotros, la resolucion de 6 de Enero de 1862 y otras varias en el mismo sentido—Los privilegios no son conformes al sistema democrático; y los que se llaman odiosos, son enteramente incompatibles con él—En materia de impuestos, estos privilegios odiosos deben considerarse proscriptos, en cuanto, así la Constitucion Nacional como la Provincial requieren la igualdad—En que consiste ésta segun el Dr. Alberdi—Dicha prescripcion constitucional contraria al impuesto de que se trata, se halla conforme con los principios de la ciencia económica—Opiniones al respecto, de algunos economistas—El impuesto del 50 por ciento sobre lo que se deja á establecimientos religiosos, comprenderia tambien á los de disidentes—No siendo estos sostenidos por el Estado,





y no pudiendo costearse, sino por la liberalidad de sus adeptos, el indicado impuesto viene á ser tambien contrario á la libertad de cultos.—Respuesta á los argumentos con que se defiende el impuesto cuestionado —Primero: que la disposicion de que se trata, es de forma y no de fondo; lo que no es cierto—Las leyes de Procedimientos teniendo solo por objeto hacer efectivos los derechos reconocidos, deben basarse en los Códigos—No pueden crear, suprimir, ni alterar los derechos establecidos en estos; aunque por una reglamentacion abusiva se vendria á llegar al mismo resultado—Otro argumento consiste en que reteniendo las provincias el poder no delegado, en materia de impuestos concurren con la Nacion; y pueden establecer todos los que esta no se haya reservado expresamente, y á ellas no les estén prohibidos—Esta doctrina se exagera por el representante del Consejo y por el Juez inferior: diversas causas por las cuales los impuestos que establezca una provincia, pueden resultar inconstitucionales—Se arguye tambien en defensa del impuesto en discusion, que precisamente la de Buenos Aires al establecerlo, para costear la educacion comun, procedió en cumplimiento del deber, que la Constitucion Nacional le impone á este respecto, como condicion á la garantia de sus instituciones—El objeto á que se aplica un impuesto no tiene relacion alguna con la naturaleza del mismo; y el precepto de proveer á la educacion comun, no importa ampliacion á las facultades de las provincias para establecer impuestos—Se observa tambien por el procurador del Consejo que no es cierto que la Ley Provincial del 75 restrinja la facultad de testar ó limite la capacidad de adquirir en la Iglesia; porque la disposicion no deja de cumplirse, ni la adquisicion de consumarse—Esto es una mera sutileza, desde que al ejercicio de esta facultad se le impone injustamente una condicion gravosísima; debiendo ser de todo punto libre—La ley Provincial considera á la Iglesia respecto del testador, en peor situacion que una persona extraña—Sobre mas ó menos la trata como la antigua Legislacion á los bastardos, confiscando en provecho del Fisco lo que se le deje: observaciones irrisorias del Juez—Declamaciones injustas contra el clero, de parte del procurador—Principios y aspiraciones del Liberalismo en abierta oposicion á la doctrina católica.

*Erma. Cámara:*—En el juicio testamentario de la señora D<sup>a</sup> Josefa Biancarlos de Pujol, ha surgido cuestion sobre la constitucionalidad de la ley provincial de 26 de Setiembre de 1875, la cual proponiéndose formar un fondo destinado al sostenimiento de las escuelas, aplica á este objeto el producto de un impuesto que establece sobre las herencias transversales, á saber de un cinco por ciento entre parientes colaterales que no sean hermanos, de un diez entre extraños y de un cincuenta ó sea la mitad, respecto á la Iglesia, tra-



tándose de lo que se deje á establecimientos religiosos ó para obras piadosas en favor del alma del testador.

El Fiscal Eclesiástico reclama de esta disposicion, cuya validez desconoce, considerándola refractaria de la Constitucion, asi Nacional como Provincial; pues el tomar para el Estado la mitad de lo que se destina al Culto y demas objetos piadosos, no puede estimarse como un impuesto más ó ménos equitativo, más ó ménos exorbitante; sino por un ataque brusco á la propiedad de la Iglesia, igualmente inviolable que la de los particulares, y por una verdadera expoliacion en fin, que hace burlesca é irrisoria la libertad de testar.

Dicho Fiscal encuentra la indicada disposicion tanto mas atentatoria, cuanto que correspondiendo esclusivamente á la Nacion reglamentar el derecho de testar, y la capacidad de las personas para adquirir bienes por testamento ó de otro modo; pues siendo materias del Código Civil, que la Constitucion le ha reservado la facultad de dictar, inhibiendo á las provincias de poder alterarlo ó modificarlo, una vez que aquella lo hubiese sancionado, la mencionada disposicion vendria á variarlo en los puntos expresados.—Arts. 67, inc. 9º y 108, de la C. N.

La Nacion en efecto, ha dictado el Código Civil, en el cual, si bien se suprimieron los privilegios que antes disfrutaba la Iglesia, al menos no se le hostiliza, reconociéndosele plena capacidad para adquirir bienes muebles y raices sin limitacion alguna, por testamento ó por actos entre vivos; y asi mismo se determinan las cuotas, que en ciertos casos, el testador es obligado á reservar de sus bienes en favor de algunas personas; permitiéndole disponer libremente de lo demás, y garantiendo el cumplimiento de sus actos de última voluntad.—Arts. 6º y 12, sec. y lib. 1ª—11, tit. 1º, lib. 4º, C. C.

A pesar de la prohibicion Constitucional, la Legislatura de Buenos Aires, separándose de los principios de la Ley fundamental de la República; y reaccionando contra las mencionadas prescripciones del Código Civil, so pretexto de



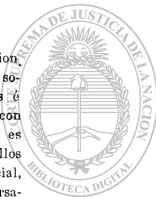


crear recursos con que costear la educacion primaria, por la disposicion en cuestion, ha restrinjido considerablemente la facultad del testador para disponer de sus bienes, con darles arbitrariamente una aplicacion muy diversa de aquella á que éste los destinara.

En cuanto á la Iglesia Católica, objeto de especial proteccion, segun la Constitucion, por el Gobierno Federal, ya que para ser Presidente, que ha de ser á la vez su Patrono, es indispensable que pertenezca á su grémio, como pertenece la gran mayoría de los argentinos ; y que en esta consideracion se ha declarado su sostenimiento á cargo de la Nacion, dicha ley provincial, por el contrario, solo le reconoce una capacidad á medias ; y la hostiliza abiertamente, colocándola en situacion muy inferior y mucho mas desfavorable que á los demás contribuyentes, pues que la grava con una cuota infinitamente mas subida. Pareciéndole que sería demasiado favor, considerarla simplemente persona extraña al testador, la reputa algo menos todavia, por mas que aquél, segun sus creencias, la venere sin duda como madre comun.

El representante del Consejo de Educacion, sosteniendo la disposicion de que se trata, alega : que la propiedad no es un derecho ilimitado, sino sujeto á ciertas restricciones que el órden social y las necesidades públicas hacen indispensables, entre ellas el pago de impuesto ; como no es tampoco absoluto el derecho de disponer de los bienes por testamento pues se halla sujeto á la reglamentacion de las leyes, las cuales efectivamente lo han restringido mucho con el establecimiento de las legítimas.—Art. 5º, tít. 14, lib. 4º, Código Civil.

Que no es cierto que la deducccion de la mitad en favor del Consejo de Educacion, de lo que se legue ó done á la Iglesia, restrinja en nada la facultad de disponer libremente de los bienes por testamento, ni la capacidad de la Iglesia para adquirirlos ; pues en realidad la disposicion del testador se cumple en todas sus partes ; y aquella percibe tambien integramente lo que se le lega sin que esto impida el que



la ley pueda gravar despues con impuesto esa adquisicion.

Observa que en nuestro sistema Federal en que la soberanía del pueblo se ejerce por organismos diversos é independientes, coexistiendo los gobiernos Provinciales con el General, la facultad de crear ó establecer impuestos es concurrente en ambos, con escepcion únicamente de aquellos que han sido reservados á la Nacion, por disposicion especial, entre los cuales no se encuentra el de herencias transversales, que de consiguiente queda siempre comprendido en las atribuciones de los Poderes Provinciales.—Art. 104, C. N.

Hace notar que realmente en la Constitucion, no se encuentra disposicion alguna que exima de impuestos los bienes hereditarios, ni en el Código Civil hay tampoco nada que se le oponga, como no se opone al impuesto de papel sellado en los juicios sucesorios ó al derecho de licitacion, etc., no siendo, por otra parte, el de herencias transversales una cosa nueva, ó una invencion moderna; porque ha existido desde mucho tiempo, y ahora mismo es conocido en muchas naciones europeas y paises civilizados.

Va mas adelante y recuerda que siendo el sostenimiento de la educacion primaria por parte de las provincias, como el establecimiento del régimen municipal, condicion impuesta á aquellas expresamente por la 'Constitucion Federal, para que la Nacion les garanta el goce y ejercicio de sus instituciones, el proveer á tales objetos, mas que un derecho es un deber en los Gobiernos Provinciales.—Art. 5º, C. N.

Que de consiguiente, la Constitucion de la provincia de Buenos Aires primero, al prescribir la creacion de un fondo especial de escuelas, con el objeto de que sean mejor atendidas, y la Legislatura despues, votando en cumplimiento de esta disposicion los recursos é impuestos necesarios, entre ellos el de que se trata, no han hecho otra cosa que obedecer y acatar la Constitucion Nacional, muy lejos de contrariarla; sin que por lo mismo pueda ser fundado poner en duda la constitucionalidad de aquella medida.—Art. 206, inc. 6º, C. de la provincia de Buenos Aires.



Tratando en fin, de explicar la justicia del impuesto en cuestion, proclama sin embozo los principios y las tendencias del mas exajerado Liberalismo, declamando contra la exorbitancia de las pretensiones del Clero, que clasifica de ocioso y sibarita; por mas que en el caso *sub judice*, esas pretensiones se reduzcan á que se le respete su propiedad, y á que se le juzgue por el Derecho comun; sin admitirse el odioso privilegio de que se le quiere hacer víctima: ya volveremos sobre este punto.

El Juez *á quo*, aceptando los fundamentos expuestos por el representante del Consejo de Educacion, en defensa del expresado impuesto; los cuales reproduce fielmente en los considerandos de su sentencia, ha resuelto que aquel debe satisfacerse por no ser opuesto á la Constitucion. ¿Es justa esta resolucion? Tal es la cuestion que incumbe á V. E. decidir á mérito del recurso de apelacion que se ha traído, y que debe tambien dilucidar el Fiscal, en sostén de los grandes principios en que descansa el orden público.—Art. 119, incisos 1 y 6, de la ley de 15 de Diciembre de 1881.

I

§ 1º Siendo la propiedad uno de los derechos primitivos del hombre, como el de la vida, el honor, etc., no podia dejar de ser reconocido, consignado y garantido por nuestra Constitucion, cual sucede efectivamente; y siendo tambien la facultad de transmitir los bienes en vida ó por causa de muerte, un complemento indispensable de aquella (Thiers, de la propiedad, cap. 19, páj. 46, y siguientes,) tampoco esa facultad podia dejar de figurar en el catálogo de los derechos y garantias enumerados en la Ley fundamental; que positivamente acuerda esa facultad, aun cuando solo la mencione en favor de los extranjeros, por ser estos respecto á los que podia haber quizas alguna duda; no porque en este punto quisiese hacer de mejor condicion al extranjero que al hijo del país.



El reconocimiento de la propiedad como derecho natural, anterior á toda convencion y que en el órden social debe ser asegurado, declarándosele inviolable y sagrado, no solo para los individuos sino tambien por los Poderes Públicos y el Legislador mismo, es ciertamente un principio comun á todas las Constituciones de Pueblos civilizados, y aun con la antigua legislacion, en la cual no obstante las facultades del Monarca absoluto, estaba resuelto que este nada podia contra el derecho de los particulares, y que sus disposiciones cuando ofendiesen la propiedad privada, se habian de obedecer mas no cumplirse, leyes 1ª, 2ª y 10, tit. 14, lib. 4º, R. C.

Pero nuestra Constitucion contiene una especialidad respecto á los derechos que reconoce y franquicias que acuerda: porque sus autores, aleccionados por la esperiencia que les demostraba como las instituciones mas adelantadas y más libres habian perdido toda su eficacia, siendo irrisorias en la práctica todas sus declaraciones; y aconsejados tambien por el doctor Alberdi, que puede ser considerado el verdadero autor de la Constitucion, el cual en sus escritos puso de manifiesto, de que manera sus principios podian ser contrariados y burlados por las leyes reglamentarias y por el Derecho Administrativo, comprendieron que la Ley fundamental debia contener en sí misma garantias de ejecucion.

De aquí la prescripcion de que los principios, declaraciones y garantias consignados en aquella no podrian ser alterados por las leyes que reglamentasen su ejercicio: prescripcion que nos obliga á distinguir en las leyes las restricciones, que supone necesariamente toda reglamentacion, y las que sean de tal importancia que vengán á alterar el principio ó la declaracion.—Art. 28 de la Constitucion Nacional.

§ 2º Teniendo presente esta distincion, no confundiremos seguramente, el gravámen moderado y equitativo, impuesto á la propiedad en proporcion á las facultades del contribuyente, y á lo que exijan las necesidades de la Administracion; impuesto que puede considerarse como el seguro



que se paga en garantía de la misma propiedad, con la brutal exacción de la mitad del capital, por mas que se inculque sobre la excelencia de los objetos á que se aplica y que semejante espoliacion provenga de los Poderes Públicos.

Comprendiendo, Exmo. Señor, que el tópicó que se acaba de indicar tiene una importancia suprema en la cuestion que se debate, y que nada puede ilustrarlo mejor, sirviendo de comentario á la citada cláusula constitucional, que las doctrinas y observaciones al respecto del Dr. Alberdi, que le dieron orijen, vamos á trascribir sus conceptos en diversas partes de sus obras.

Con esto habremos tambien contestado anticipadamente al argumento que se hace á favor del impuesto en cuestion, de que toda vez que se probase que la materia sobre que recae, se encuentra bajo la jurisdiccion provincial, no cabria ya abuso en esta, ó nadie mas que ella misma podría juzgar de él; porque debiendo las instituciones provinciales conformarse á los principios y declaraciones de la Constitución Nacional, art. 6º, toda vez que en su ejercicio comprometan las bases fundamentales de la organizacion Federal, falsean el sistema y no pueden menos de resultar inconstitucionales.

V. É. además, en quien ha recaido la jurisdiccion judicial que antes ejercian aquí las autoridades provinciales, se hallaria autorizado siempre para resolver, como ellas mismas podrian hacerlo en su caso, de la constitucionalidad del enunciado impuesto; no con relacion á la provincia de Buenos Aires, sino á esta ciudad donde ha surgido el caso presente, que en tal consideracion ha sido traído á los Tribunales nacionales de la Capital.

§ 3º Véase cómo se explica el citado Dr. Alberdi en sus Bases de la Constitución, § 16, páj. 54 « La Constitución debe dar garantías de que sus leyes orgánicas no serán escepciones derogatorias de los grandes principios consagrados por ella, como se ha visto mas de una vez. Es preciso que el Derecho



Administrativo no sea un medio falaz de eliminar ó escomotear las libertades y garantías Constitucionales ».

« La Prensa es libre, dice la Constitucion ; pero puede venir la ley orgánica de la Prensa y crear tantas trabas, y limitaciones al ejercicio de esa libertad, que la deje ilusoria y mentirosa. Es libre el sufragio, dice la Constitucion ; pero vendrá la ley orgánica electoral, y á fuerza de requisitos y limitaciones escepcionales, convertirá en mentira la libertad de votar ».

« El Comercio es libre, dice la Constitucion ; pero viene el Fisco con sus reglamentos, y á ejemplo de aquella ley madrileña de imprenta de que hablaba Figaro, diciendo: « Con tal que »..... (siguen innumerables restricciones) con estas y otras limitaciones el comercio *es completamente libre*, como dice la Constitucion.

Si el Dr. Alberdi, adelantando en su exposicion sobre el punto que trataba, hablando del derecho de propiedad, hubiese querido proponer nuevos ejemplos, habria podido continuar así: « La propiedad es sagrada ó inviolable, pero el Estado, á título de impuesto, puede apropiarse cualquier día la mitad del capital ».

« Es incontrovertible el derecho de testar y disponer como se quiera de los bienes ; pero en caso de no tener el dueño herederos forzosos, el Fisco puede apoderarse de la décima parte de los bienes ; y si el heredero ó el legatario no le agrada por no merecer las simpatías de los Liberales, como si fuesen Frailes ó Clérigos, es decir, la Iglesia, deducirá un cincuenta por ciento ó algo mas. »

A la página 68 del mismo libro establece que cuando el Derecho Administrativo no marcha acorde con el Constitucional, cual suele suceder entre nosotros, la ley arrebatada por un lado lo que ofrece por otro ; resultando la libertad en la superficie y la esclavitud en el fondo, y agrega : « La Constitucion debe dar garantías de que no se expedirá ley orgánica ó civil que altere por excepciones reglamentarias la



fuerza del derecho de propiedad consagrado entre sus grandes principios, como lo hace la de California. »

« No basta, dice en el § 33, pág. 146, que la Constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario, como se ha dicho antes, que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsée con disposiciones reglamentarias. Se puede concebir una Constitución que abrace en su sanción todas las libertades imaginables, pero que admitiendo la posibilidad de limitarlas por la ley, sugiera ella misma el medio honesto y legal de faltar á todo lo que promete. »

Fácil le sería al exponente multiplicar estas citas hasta el infinito ; pues hallaría una nueva en cada página de las obras del Dr. Alberdi ; lo cual dá á conocer con claridad, que mientras el sabio publicista proyectaba las bases de la Constitución, que consideraba la mas libre y la mas adelantada, lo preocupaba por completo y con muchísima razón, la idea de que en la práctica sería eludida y burlada, en vez de ejecutarse lealmente ; buscando con anticipación el medio de impedirlo ; pero basta lo expuesto para poner de manifiesto el origen y el alcance de la cláusula consignada en la Constitución Argentina, de que sus principios y declaraciones no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten la ejecución.

§ 4°. Es de advertirse, además, con respecto á la deducción de que se trata, que la reglamentación de la propiedad en cuanto concierne á la capacidad para adquirir ó al derecho de disponer de los bienes por testamento y su adjudicación *ab intestato* perteneciendo al Código Civil, cuya sanción, como la de los demás códigos generales, se hallaba reservada á la Nación, de ninguna suerte podía corresponder á las provincias, que por el contrario, se encuentran inhibidas de modificarlos después que hubiesen sido sancionados.

—Art. 104, C. N.

El Código Civil establece las legítimas, que no se deben



estimar sin embargo, nuevas limitaciones al derecho de testar, sino mas bien como la definicion misma ó explicacion de la propiedad, deduciendo su nocion de nuestras costumbres y de la antigua legislacion que nos habia regido siglos enteros ; las cuales consideran la propiedad, no de un modo completamente individual, sino con relacion á la familia, reconociendo derechos sobre sus bienes, aun en vida del causante, en la muger, los hijos y los padres ; nocion que derivaba sin duda del concepto germánico de la copropiedad entre los parientes.—Ahrens, Enciclopedia Jurídica, tom. 3º, páj. 274.

Fuera de esta limitacion derivada de la naturaleza y apoyada por nuestras ideas tradicionales, el Código ratificando la libertad de testar consagrada en la Constitucion, permite al dueño disponer con entera libertad de sus bienes, y aplicarlos á los objetos que quiera, siempre que no sean ilícitos ó inmorales, y especialmente á los que se han denominado *causa pia*, cuya validez sostiene hasta con privilegio, fuera de las reglas comunes, siendo estos tambien precisamente los que parece castigar la ley provincial que nos ocupa, al gravarlos con un cincuenta por ciento.—Art. 42, tit. 17, lib. 4º, Código Civil.

No puede admitirse, por tanto en las provincias, como lo ha declarado con mucho acierto y sabiduría la Suprema Corte, derecho alguno para alterar las disposiciones del Código concernientes á las herencias, ni aun á pretexto de procurar recursos ; en lo cual no se quiere decir, que los bienes de la masa hereditaria deban hallarse exentos de todo impuesto, como el de papel sellado, licitacion, etc., que se cobran con ocasion del procedimiento en el juicio sucesorio, sino que no pueda gravarse la sucesion misma, que es un derecho derivado únicamente de leyes nacionales, ni deducirse cuota alguna, que necesariamente altera ó modifica gravemente la distribucion de los bienes establecida en el Código.—Resolucion de 19 de Noviembre de 1881.

Si las provincias por vía de impuesto ó de otro modo





pudiesen deducir una décima parte de la herencia, por ejemplo, se considerarían facultadas igualmente para adjudicar al Fisco la mitad, y aun para apropiarse también dos terceras partes, ó más; siendo así que los derechos sucesorios se encuentran determinados en el Código Civil; reglamentación que resultaría al fin de todo punto ilusoria, si en realidad esos derechos mediante un cambio de nombre, quedasen á discreción de aquellas.—Arts. 1º y 6º, título 7º, lib. 4º, C. C.

Si las provincias pudiesen gravar la sucesión entre estráños, podrían también hacerlo respecto á la de los colaterales, y por último, la que se defiere en línea recta, entre ascendientes y descendientes, alterando las legítimas; y todo el sistema de sucesión quedaría dependiendo entonces del régimen financiero de cada una, lo que de ningún modo puede admitirse.

§ 5º. Serían gravísimos los inconvenientes que de esto resultarían, mucho más en el sistema de sucesión adoptado en el Código Civil, que no admite sino una herencia y un solo heredero, aunque los bienes del causante se encuentren desparramados en diversas provincias, declarando Juez competente de la sucesión al del último domicilio del testador; pues entonces cada provincia vendría á aplicar sus impuestos aun á los bienes situados en otra.—Art. 6º, tit. 1º, lib. 4º, Código Civil.

Así, la ley provincial de Buenos Aires, que nos ocupa, en la generalidad de sus términos, grava indistintamente los bienes de la sucesión ó legados entre colaterales ó á favor del Culto, sin cuidarse de averiguar donde se encuentran: bien puede ser que un vecino de Buenos Aires tenga su fortuna en Corrientes, Entre Ríos ó Santa-Fé; la ley no distingue estos casos; y fomentará las escuelas de una provincia á expensas de las demás, provocando con esto represalias.

Se dice que el impuesto de herencias transversales no es nuevo, pues lo mismo que la alcabala, la venta de oficios y



tantos otros, proviene de la época colonial, y existía ya antes de sancionarse el Código Civil : esta observacion, aunque inconducente es exacta; y dicho impuesto existía como existió otro en las sucesiones denominadas de las mandas forzosas.—Ley 5ª, tít. 2º, lib. 5º, R. C.

Mas, habiendo declarado el Código que lo que no estuviese dicho en él explícita ó implícitamente, era como si jamas hubiese existido ; y no mencionándose en este ni el impuesto de las mandas forzosas, ni el de herencias transversales, debieron considerarse uno y otro derogados, cesando por el mismo hecho ; y desde que esto sucedía por no reputarse conformes tales disposiciones á las del Código, por la misma razon; y puesto que no es permitido á las provincias modificarlo, tampoco podrían restablecer aquellos impuestos.—Artículo 21, tít. 1º, Preliminar de las Leyes Civiles.—Art. 104, C. Nacional.

No es solamente bajo las consideraciones expuestas que la ley provincial de 26 de Setiembre de 1874 viene á modificar las disposiciones del Código Civil de la Nacion, sino tambien en varios otros puntos. Este, por ejemplo, determina de una manera expresa, los únicos casos en que el arreglo y liquidacion de las testamentarias deben hacerse judicialmente, permitiendo en los demas verificarlos de un modo privado.—Art. 14, tít. 6º, lib. 4º, C. C.

Pues bien, la indicada ley, con motivo de la recaudacion del impuesto que establece, impone con grave perjuicio de los interesados por la demora y gastos que ocasiona, la necesidad de la liquidacion judicial en los casos á que ella se refiere, fuera de los que se encuentran previstos en el Código; de suerte que este resulta corregido en todas sus partes, y siempre de un modo el mas perjudicial.

§ 6º. En fin, el Código Civil acuerda plena capacidad á la Iglesia Católica para adquirir bienes muebles ó raíces sin limitacion alguna, y por los mismos medios que pueden adquirirlos las demas personas jurídicas ; exponiendo su pro-

pio autor el Dr. Velez Sarsfield, que en esto no hay en realidad peligro alguno de acumular inmuebles en manos muertas, y que las disposiciones que á veces se han dado, restrictivas de la capacidad de la Iglesia, han sido sancionadas en ódio al Culto Católico.—Arts. 6 y 12, tit. y lib. 1<sup>o</sup>, Código Civil.

Estas leyes, segun lo declara en otra parte, si fuesen dadas en el extranjero, ya que no puede admitirse el supuesto de que lleguen á sancionarse en la República, deben considerarse contrarias á la *Religion del Estado*, y de ningun modo se han de ejecutar, como las que contengan disposiciones inmorales ó autoricen convenciones para defraudar al Fisco.—Art. 14, tit. 1<sup>o</sup>, Prelim. C. C.

La ley provincial que nos ocupa, sin respeto alguno á tales disposiciones, impone á la Iglesia una especie de *capitis deminutio*, como lo observa muy bien su Fiscal, reconociéndole solamente una capacidad á medias, y apoderándose á titulo de impuesto, de la mitad de cuanto adquiera por testamento; y esto en lugar de la cooperacion al sostenimiento del Culto que debiera prestarle, en conformidad á la Constitucion de la provincia.—Art. 7<sup>o</sup>.

§ 7<sup>o</sup>. Si el Gobierno Federal costea el Culto Católico, por ser la religion de la gran mayoría de los Argentinos, debe sin duda alguna ser considerado nacional; y si por razones análogas, la provincia de Buenos Aires coopera al sostenimiento, segun lo declara su Constitucion, el Gobierno, es claro, ha de abstenerse con doble motivo de gravarlo con impuestos exorbitantes y opresores: de otra suerte sucederia exactamente, lo que preveia el Dr. Alberdi, que resultando el Derecho administrativo en oposicion á la Constitucion, se arrebataria con una mano lo que se dá con la otra.—Bases de la Constitucion, páj. 68.

Hemos observado que el Culto es nacional, por ser costado por el Gobierno Federal, en atencion á que el Catolí-





cismo es la religion dominante : bien pues, en aquella circunstancia, que hace de todo punto inconstitucional el impuesto provincial que examinamos, es precisamente que el representante del Consejo de Educacion, con muy poca reflexion por cierto, encuentra su justificacion, haciendo notar que la Iglesia no necesita la liberalidad de sus hijos, desde que los gastos del Culto deben ser costeados por el Tesoro de la Nacion.

Por igual razon debia ser prohibido donar á cualquier establecimiento público de la Capital, Hospitales, Casa de Expósitos, Hospicio de Inválidos, de Pobres ó de Alienados: desde que todos estos establecimientos deben ser costeados tambien por la Nacion, y bajo este punto de vista puede decirse que no necesitan : pero si esto es un absurdo repugnante al buen sentido, no lo es ménos sostener que debe ser lícito á la provincia apropiarse lo que se deje para el Culto: en razon de que la Nacion debe darle lo que necesita.

Mejor que darle el Estado á la Iglesia es respetarle lo suyo ; y mucho mas decoroso que el vivir puramente de asignaciones del Estado, que hasta sierto punto comprometen su dignidad y su independencia, seria el que pudiera subsistir de sus propias rentas y de las oblaciones voluntarias de los fieles.

La Nacion no tiene el deber de suministrar á la Iglesia sino lo que necesita; siendo evidente tambien que tanto menos necesaria, cuanto mayores fueran las oblaciones espontáneas ; de donde resulta tan claro como la luz del dia, que las contribuciones que sobre estas establecieran las provincias, vendrian á perjudicar al Tesoro Nacional.

§ 8°. Aquí tenemos pues, otro punto de vista muy importante en la cuestion, y al cual no se ha prestado toda la atencion que merece. ¿ Pueden los Gobiernos Provinciales gravar con impuestos cualquier ramo de la Administracion Federal ? ¿ Pueden aplicarlos á establecimientos ó bienes nacionales ? ¿ Pueden siquiera, en fin, gravar las empresas



costeadas, subvencionadas ó simplemente autorizadas por el Gobierno Nacional? Porque si ninguna de estas cosas les es permitida, tampoco debe serles lícito establecer impuestos sobre los objetos y valores que se destinan al sostenimiento del Culto que la Nacion costea.

Veamos cuales sean, segun el Dr. Alberdi, las consecuencias de la declaracion contenida en el art. 2º de la Constitucion, de que el Gobierno Federal sostiene el Culto Católico, Apostólico, Romano. « Este artículo, dice, convierte en gasto ordinario de la Nacion el del sostenimiento del Culto. Para llenar ese y los demás gastos nacionales, el art. 4º de la Constitucion designa las fuentes de que emana el Tesoro Nacional destinado á sufragarlos. »

« Desde entonces el Culto forma una parte de la Administracion ó Gobierno del Estado en cuanto á los medios de su sostén ó arreglo económico. Por eso es que la Constitucion destina para el servicio administrativo de ese ramo uno de los cinco Ministros del Poder Ejecutivo con el nombre de Ministro del Culto ». Sistema Económico y Rentístico de la Confederacion Argentina, § VI, páj. 439.

Si el Culto pues, ha de ser considerado bajo su fas económica y en cuanto es costeadado por la Nacion, por un ramo de la Administracion, no seria aceptable desde luego, el que pudiera ser gravado con impuestos por las provincias, coartado en sus medios y cercenados sus recursos; como seria absurdo el que estas impusiesen contribuciones sobre la Administracion de Correos, la del Ejército, de la Enseñanza, ó de cualquier otra reparticion de la Administracion Nacional.

« Si existiera el derecho de los Estados, dice Kent á este respecto, para gravar los medios empleados por el Gobierno General, entonces la declaracion de que la Constitucion y las leyes hechas en su prosecucion son la suprema ley nacional, vendria á ser una declaracion vana y sin significado. Si los Estados pudiesen gravar un instrumento empleado por el Gobierno en la ejecucion de sus facultades, podrian gravar



tambien cualquier otro instrumento. Podrian gravar la Administracion de Correos, podrian gravar la Casa de Moneda, podrian gravar los vales de la Aduana, podrian gravar los procesos judiciales ; podrian gravar todos los medios empleados por el Gobierno en un grado tan excesivo que anularia todos los fines del Gobierno». Jurisprudencia Constitucional de los Estados Unidos, páj. 312.

Hablando Story del derecho de los Estados para gravar con impuestos á las personas jurídicas, enseña que pueden establecerlos sobre los Bancos y demás corporaciones creadas bajo su autoridad : pero que cuando un Estado impone contribuciones, á una institucion creada por el Congreso, lo hace sobre un acto de autoridad superior é independiente, que no está representado en la Lejislatura del Estado.—Comentario lib. III, cap. 15, N° 501.

Ahora bien: ¿ puede considerarse á la Iglesia como una corporacion creada bajo la autoridad de la provincia ? ¿ Ha sido ella al menos y no la Nacion, que por sus leyes la ha reconocido como una persona jurídica ? ¿ Por dónde pues, quiere someterla á sus facultades de impuesto ?

Habiendo pretendido años pasados el Gobierno de Córdoba establecer contribucion directa sobre tierras pertenecientes al Colejio nacional de Monserrat, el Rector de ese establecimiento resistió el impuesto; y consultado el Ejecutivo, despues de oir el dictámen del Fiscal, Dr. Ferreira, declaró que era ilegítimo el espresado impuesto.—Resolucion de 6 de Enero de 1862.

Habiendo pretendido la Municipalidad de Córdoba aplicar el impuesto de degolladura á las reses que se carneaban para la Division del Ejército al mando del General Paunero, este se negó con mucha razon á pagarlo, desconociendo en la Municipalidad todo derecho para gravar los objetos del consumo del Ejército.

De admitirse que los Gobiernos Provinciales pudiesen exigir impuestos especiales de las empresas subvencionadas por la Nacion, seria esta misma la que los pagase, y su importe,



en último resultado, vendría á salir de las Arcas nacionales.

Hé aquí, pues, cómo observábamos, un nuevo aspecto en la cuestion, bajo el cual no ha sido examinada, hé aquí tambien una importante restriccion constitucional de la facultad de imposicion que conservan las provincias, y de la cual habian prescindido enteramente los defensores de la deduccion del cincuenta por ciento en favor del Tesoro provincial, de las herencias, legados y mandas para objetos religiosos ó por el alma del testador: es decir, para el sostenimiento del Culto: la de no poderse usar de tal facultad en perjuicio de la Nacion ó contra los establecimientos costeados por ella.

§ 9º. Hay todavia otro capítulo de inconstitucionalidad en la ley que crea el fondo de escuelas de la provincia de Buenos Aires, estableciendo el impuesto de la mitad de lo que se legue á la Iglesia, como uno de los recursos que deben componerlo, cual es el que introduce un privilegio odioso contra la Religion y de todo punto inaceptable.

Si todo privilegio, generalmente hablando, es opuesto á la Democracia é incompatible con la índole de las instituciones libres, el privilegio odioso que quebranta la igualdad y agravia la justicia, en daño de ciertas personas, instituciones ó industrias, es doblemente censurable y de todo punto insostenible.

Desde luego, en materia de impuestos, la Constitucion Nacional, á cuyos principios y declaraciones deben conformarse las de las provincias, prescribe que sean equitativos y proporcionados; de acuerdo con lo cual y generalizando el principio de igualdad, la de Buenos Aires, declara que todos los habitantes de la provincia son iguales ante la ley, que debe ser una misma para todos y tener accion y fuerza uniformes.—Art. 4º, 5º y 67, inc. 2º, de la C. N. y 9º, de la provincial de Buenos Aires.

Este principio, por lo demás, en lo que respecta á las contribuciones, se halla perfectamente acorde con los consejos de la Ciencia Económica, que entre las principales



condiciones que aquellas deben tener, para ser menos dañosas á la produccion, enumera desde luego, en primera línea, la igualdad.

Entre otros maestros de aquella ciencia que podríamos aducir, citaremos solamente á los señores Coquelin y Guillaumin, que hablando sobre esto se expresan así : « La primera entre las reglas de la materia es que el impuesto debe ser proporcional, es decir, repartido de manera que se exija á cada contribuyente una parte alícuota del monto total de sus rentas particulares, esta regla siendo la mas importante, no prescribe sino lo mismo que exigen los principios mas rudimentales de la equidad ».—Diccionario de Economía Política, tom. I, palabra *Impuesto*, pág. 900.

Ahora el Dr. Alberdi esplicando la cláusula constitucional que prescribe la equidad y proporcion en las contribuciones, dice : « La contribucion es mas capaz de dañar por la desproporcion y desigualdad, que por la exorbitancia : tan verdadero es esto, que muchos han visto en las contribuciones elevadas, un estímulo á la produccion mas que un ataque ».

En el párrafo siguiente, recapitulando su doctrina y dirigiéndola á la práctica, agrega : « Contad todos los medios de ganar y de vivir en nuestra sociedad, y no dejeis uno sin impuesto. Que la contribucion pese sobre todos igualmente, y sobre cada uno segun sus fuerzas, hé ahí la *igualdad proporcional* ».—Sistema Económico y Rentístico, pág. 634.

Y bien, aunque se tolerase la injuria de reputar á la Iglesia persona estraña, respecto de sus fieles, quienes seguramente, la consideran madre, ¿existe igualdad ni proporcion alguna, cuando en una misma de las categorias ó clases que establece la ley para el impuesto, parientes y estraños, á los unos se les exige un diez y á la otra un cincuenta por ciento? El alma del testador ¿ no es una cosa mas allegada que cualquiera de los parientes? legar en favor del alma ¿no es como legarse á sí mismo, ó mas bien dicho, disfrutar el dueño sus propios bienes ?

No se puede pues, sin grave injusticia y sin manifiesta





violacion de la igualdad, como la base política de nuestro Gobierno y como regla económica del impuesto, decirse en una ley : todos los habitantes del Estado pagarán tanto de contribucion ; pero Pedro, Juan y Antonio abonarán cuanto más.

No se podria establecer tampoco que todas las industrias contribuyan con la décima parte, por ejemplo, de sus provechos ; pero que los médicos, los abogados y los sacerdotes abonen una cuarta ó una quinta parte de sus emolumentos.

No es aceptable últimamente, el que se sancione que los legatarios ó herederos no parientes del testador sufran el impuesto de un diez por ciento, pero que si fuesen sacerdotes ó establecimientos religiosos, paguen el cincuenta por ciento, como lo hace inicuamente, la ley de educacion de Buenos Aires.

Si la Religion es una cosa perjudicial al Pueblo, no debiera acordarse á la Iglesia que la representa, capacidad para heredar ; y si no lo es, antes bien, debe reconocérsele un objeto de utilidad pública, que caracteriza á toda persona jurídica ; desde que el Código Civil la declara tal, tampoco hay razon para gravarla, por una excepcion odiosa, con un impuesto intolerable.—Art. 4º, tit. y lib. 1º, C. C.

§ 10. En fin, Exmo. Señor, por poco que se reflexione, se comprenderá que la ley y el impuesto de que se trata, son contrarios á toda Religion positiva é inconstitucionales de consiguiente, como opuestos á la Libertad de Cultos garantida á todos los habitantes de la República, en nuestras instituciones fundamentales.—Art. 20 de la C. Nacional y 5º de la P. de Buenos Aires.

En efecto, la Libertad de Cultos supone la facultad de erijir templos y dotarlos convenientemente para las funciones del Culto ; y aunque respecto del Católico, esta obligacion, segun la Constitucion, es á cargo del Gobierno Federal, los disidentes apenas contarán con otros recursos para su sostenimiento, que las donaciones ó legados ; de suerte que si en estos el Estado les arrebata la mitad de su valor, el sosteni-



miento de tales cultos resultará poco menos que imposible.

No ha reflexionado en esto, seguramente, el representante del Consejo de Educacion, cuando en las herencias transversales defiende el impuesto del cincuenta por ciento contra los establecimientos religiosos, observando que la Iglesia Católica no necesita de tales liberalidades, desde que es costeadada por el Tesoro Nacional. ¿Y los disidentes? ¿Y sus establecimientos religiosos?

¿ Los ha de costear tambien el Gobierno Nacional ; ó de qué otro modo pueden sostenerse, que por liberalidades de los que profesan esos cultos ? ¿ Si se querrá decir que ese impuesto solo se dirige á la Iglesia Católica, no á las demás, y que grava únicamente sus establecimientos religiosos, mas no los de disidentes ? A no ser así, es fuera de duda que con la exorbitante contribucion de que se trata, la Libertad de Cultos recibe un golpe bien rudo; y si así fuese, resultaria tambien manifiesta la hostilidad al Catolicismo, que ha inspirado el tal impuesto.

## II

Despues de haber demostrado la inconstitucionalidad del impuesto reclamado por el Fiscal Eclesiástico, proveniente de su oposicion á varias prescripciones de la Constitucion y á diversos artículos del Código Civil que rige en la Nacion, y que á ninguna provincia es permitido derogar, ó reformar, ni en todo, ni en parte, conviene hacerse cargo de los argumentos con que se sostiene aquel impuesto, y que emplea en su defensa el representante del Consejo de Educacion.

§ 11. Se observa en primer lugar que la ley de que se trata es una disposicion de forma y no de fondo, que de consiguiente se encontraba en las atribuciones de la provincia, y que por lo mismo bien ha podido sancionarla, desde que la Constitucion, aunque confiere á la Nacion la facultad de dictar los Códigos Generales, reserva á las provincias dar el



de Procedimientos : con motivo de los cuales, en el juicio sucesorio, es que se abonan algunos derechos, como el de sellos, el de remate y de herencia transversal en su caso.— Arts. 67, incs. 11 y 104 de la C. Nacional.

De ninguna suerte, Exmo. Señor, puede admitirse el que una ley que afecta gravemente muchas de las garantías acordadas en la Constitución, y altera de un modo considerable los derechos determinados en el Código, restringiendo la facultad de testar, y menoscabando también la capacidad de las personas jurídicas para adquirir, pueda ser considerada como una disposición de mera forma.

Si es verdad que las provincias son competentes para reglamentar algunas de las garantías acordadas en la Constitución Nacional, ésta distingue en términos expresos, las restricciones leves que pueda exigir la reglamentación, de las que por su importancia produzcan la alteración de los derechos ; y al prohibir estas expresamente al Congreso, seguramente que no las permite á las provincias ni deja esos derechos sin sanción alguna.

Son las provincias, por ejemplo, las que deben reglamentar la libertad de la prensa ; y sin duda alguna que la ley reglamentaria puede ser mas ó menos liberal: pero supongamos que en una de aquellas se dá alguna ley suprimiendo la expresada libertad, ¿quién puede poner en duda que esa disposición sería inconstitucional, y que como tal podría ser reclamada ante la Corte ?

Supongamos ahora que la cosa se realiza con menos cinismo y mas hipocresía ; no por medio de una ley que en términos expresos suprima la libertad de la prensa, sino solamente creando un cúmulo tal de restricciones, requisitos y gravámenes que en realidad importen la supresión : fianza ó depósito, multas crueles, patentes exajeradas (aplicables á favor de la Educación Primaria,) etc., etc.

¿ Habría variado el caso, preguntamos nosotros ? ¿ Se habría dejado de suprimir una de las garantías constitucionales mas importantes, y no sería ya procedente recurso alguno á



la Suprema Corte? Nosotros opinamos y sostenemos que la resolución debería ser idéntica, porque el caso es siempre el mismo, á pesar de los rodeos que lo encubren; y porque cuando se prohíbe una cosa, es igual que se ejecute directamente, ó que se llegue al resultado solo por medio de rodeos.—Ley 32—Digesto de *Pactis*—Decret. lib. V, tit. XII de *Reg Juris*, cap. 84.

Tales trabas y restricciones caerían pues, por la acción de la Justicia Federal; y en vano se alegaría en ese caso, que corresponde á las provincias reglamentar la libertad de imprenta; ó bien el que las multas y patentes aunque excesivas, eran destinadas á un objeto tan excelente, como la Educación Primaria, que aquellas se hallan en el deber constitucional de fomentar.

Corresponde efectivamente á las provincias dictar el Código de Procedimientos; pero no siendo este otra cosa que la manera de hacer efectivos los derechos reconocidos en los demas códigos, es en estos que aquellos tienen su base y su raíz; sin que en el primero se puedan acordar nuevos derechos, ni suprimir ó alterar los que los otros reconocen; mucho menos existiendo en la Constitución Federal, prohibición expresa á las provincias, de legislar sobre las materias de los códigos generales, una vez que la Nación los hubiese sancionado.—Art. 108 de la C. N.

De ningún modo, pues, la provincia de Buenos Aires por mas que inconducentemente se recuerden los derechos especiales, que se reservó por los pactos de su incorporación, y que nada tienen que ver con esto, ha podido por deducciones arbitrarias, alterar las cuotas hereditarias establecidas ó autorizadas por el Código Nacional, trastornar la forma de la liquidación, de un modo gravoso, ni menoscabar en fin, la capacidad para adquirir de los establecimientos religiosos, en daño de la Nación que costea el Culto Católico, y en perjuicio igualmente de los disidentes, cuya libertad se encuentra asegurada.



§ 12. Se observa tambien que en nuestro sistema Federal de Gobierno, el ejercicio de la soberanía del pueblo se encuentra dividido entre dos organismos diversos, que funcionan independientemente, cada uno en las materias que le conciernen, las unas referentes á los intereses generales; relativas las otras, á las exigencias especiales de cada localidad : cuya regla de division consiste en considerar la jurisdiccion provincial como ordinaria, y la nacional como excepcion.

De aquí se sigue, segun el procurador del Consejo, que siendo los Estados particulares la fuente, conservan el poder no delegado: y pueden aquello que no se encuentra prohibido espresamente en la Constitucion Federal, reteniendo en materia de impuestos, la facultad de establecer todos los que no han sido atribuidos de un modo exclusivo á la Nacion, ó no se encuentran excepcionalmente prohibidos.

Estos principios no son del todo exactos ; y ademas se exageran cuando se exige, segun lo hacen el representante del Consejo y el Juez *á quo*, que la delegacion sea expresa ; lo cual vendria á suprimir las facultades implícitas de que se hallan investidos los Poderes Nacionales, derivadas por implicancia, de la naturaleza de sus atribuciones y del objeto con que han sido creados.—Story, Comentario, lib. II, cap. 13, páj. 150.

Viceversa se restrinjen tambien indebidamente, las facultades de la Nacion en materia de impuestos, pretendiéndose concretarlas solo á los enumerados en el art. 4º de la Constitucion, que determina los de que se ha de formar el Tesoro, siendo que este artículo termina con esta cláusula : *y de las demas contribuciones que equitativa y proporcionalmente á la poblacion establezca el Congreso General* ; cláusula tan lata que en su generalidad no deja impuesto alguno, que pudiera quedar fuera de las atribuciones del Congreso.

No puede negarse que las provincias conservan sin embargo, una facultad concurrente con la Nacion para crear impuestos ; pero estos no solo serian inconstitucionales, cuando



pretendiesen usar de aquellas que se han reservado expresamente á la Nacion, ó les han sido especialmente prohibidas, sino tambien en otros muchos casos.

La doctrina del procurador del Consejo no es admisible en toda su generalidad ; porque evidentemente, los impuestos provinciales podrian resultar inconstitucionales por otras muchas causas que las que aquel designa ; y para demostrarlo enumeraremos algunas :

1ª Por recaer sobre cosas ó personas no sujetas á la jurisdiccion provincial ; 2ª por establecerse sobre cosas que, sin ser objeto de monopolio Federal, no podrian ser materia de contribucion ; 3ª por no ajustarse á las reglas y condiciones requeridas en la Constitucion ; 4ª en fin, por resultar en otro sentido incompatibles con las facultades atribuidas á los Poderes Nacionales ; ó contrariar los fines y propósitos de la Constitucion.

Del primer modo seria, y muchas veces se ha declarado inconstitucional, un impuesto provincial, por recaer sobre cosas pertenecientes á la Nacion, las diversas Reparticiones de la Administracion ó los establecimientos que costea y corren á su cargo.

« El derecho de imposicion en los Estados, dice Kent, se extiende á aquellos objetos sobre los cuales se extiende su poder soberano y no mas allá. La soberanía de un Estado se extiende á todas las cosas que existen por su autoridad ó se introducen con su permiso ; pero no se extiende á aquellos medios que son empleados por el Congreso para llevar á ejecucion sus facultades constitucionales. La facultad de imposicion de un Estado debe ser medida por la extension de la soberanía del Estado, y esto deja á un Estado el dominio de todos sus recursos é inalterada la facultad de gravar al pueblo y propiedades del Estado ; pero coloca fuera del alcance de la facultad del Estado todos aquellos medios que son dados (á la Nacion), con el fin de llevar á ejecucion estas facultades. » — Del Gobierno de los E. U., Lec. 10, § 4º, páj. 312.



Del segundo modo, seria inconstitucional la confiscacion de bienes, como recurso financiero, ó cualquier contribucion sobre la inmigracion que se introduzca en el pais, aun cuando lejos de ser materia de monopolio Federal, le esté prohibido al Congreso establecerla; debiendo decirse lo mismo del estanco de la sal, el tabaco ó cualquier otro artículo.

Segun la Constitucion los impuestos deben ser proporcionados y equitativos: de suerte que una contribucion que en igualdad de circunstancias, fuese para unos de un diez y para otros de un cincuenta por ciento, absorbiendo la mitad del capital, debe considerarse no solo inconstitucional, mas tambien una monstruosidad sin ejemplo, opuesta á las reglas mencionadas en el tercer punto.

Con relacion al cuarto: la contribucion de faros, tonclaje y anclaje, impuesta por los Gobiernos de provincia, en el comercio directo, seria ciertamente un abuso contra la Constitucion: no porque en esta les esté terminantemente prohibida ó se encuentre reservada de un modo expreso á la Nacion, sino porque vendria á chocar con las facultades del Congreso á quien corresponde exclusivamente reglamentar la navegacion.

El impuesto de herencia transversal estableciendo la deduccion de las cuotas que determina, altera las disposiciones del Código; y choca igualmente con las facultades del Congreso á quien estaba reservado sancionarlo, y que es tambien el único que puede reformarlo ó modificarlo.

Las provincias pueden ciertamente patentar las diversas industrias; pero una ley que eximiendo algunas de contribucion, ó no imponiéndoles sino una muy suave, gravase demasiado á las otras que se encontrasen en las mismas condiciones: destruyendo la libertad industrial consagrada en la Constitucion, pecaria gravemente contra ésta, porque alteraria su sistema económico.

Un impuesto provincial sobre esclavos, cuando legalmente no existen ni pueden permitirse; porque la Constitucion ha querido que no los haya: ó sobre pasaportes, cuando aquella



ha querido que la traslacion de las personas ó su residencia en cualquier punto fuesen completamente libres, seria sin duda alguna refractario é irregular, no porque se les prohiba especial ni expresamente á las provincias ó porque éstas, al sancionarlo invadiesen las facultades reservadas exclusivamente á la Nacion en materia de contribuciones, sino porque quebrantaria el sistema mismo y los principios constitucionales.

En fin, el impuesto sobre lo que se legue ó done á los establecimientos religiosos ortodoxos ó disidentes, capaz de suprimir tales liberalidades, sin las cuales estos últimos no podrian costearse quizá, cuando la Constitucion ha querido que fuese libre el ejercicio de los diversos cultos, es tambien una medida inconstitucional: puesto que manifiestamente contraria los fines, los propósitos y el espíritu de la Constitucion.

§ 13. Procede, pues, equivocadamente é incurre en un error gravísimo el Consejo de Educacion, al pretender que si consigue demostrar que el impuesto en cuestion, no se halla comprendido en las facultades delegadas absolutamente, ni excede de consiguiente, las que se han reservado las provincias, no podria ser inconstitucional.

No lo seria en verdad por este capítulo; pero muy bien podria serlo por contrariar otras prescripciones de la Constitucion, su sistema, sus fines y propósitos, que sin dificultad alguna pueden ser atacados todos por el abuso en los Gobiernos de provincia, de la facultad de imposicion de que disfrutan; sobre lo cual el Dr. Alberdi se expresa así: «No hay garantia de la Constitucion, no hay uno solo de sus propósitos de progreso que no puedan ser atacados por la contribucion.—Sistema Económico y Rentístico, páj. 632.

El representante del Consejo ha prescindido tambien en el decurso de este litis, de la consideracion de que ademas de las prohibiciones y limitaciones impuestas á los Estados en la Constitucion General, segun los Federalistas ameri-





canos, hay otras muchas protectoras de la propiedad que se derivan directamente de la naturaleza de los gobiernos libres.

Para ilustrar tan importante tópico, oigamos sobre el *Story*. «Se ha agitado con vivacidad, dice, la cuestion de saber si independientemente de la Constitucion de los Estados Unidos, la naturaleza de un gobierno libre y republicano imponia tambien restricciones al *Poder Legislativo de los Estados*».

«Generalmente hay conformidad en pensar que despues de la revolucion americana ningun gobierno tiene el derecho de hacer el menor ataque á la propiedad. Un gobierno libre debe mirar como sagrados é inviolables los derechos de propiedad y de libertad individual».

«A lo menos *ningun Tribunal de Justicia* en este país se encontraria justificado, consagrando semejante violacion de derechos, ya resultase de términos generales ó implícitos. No se debe, en efecto, presumir facilmente que, sin formal declaracion, el pueblo haya renunciado á derechos tan íntimamente ligados á su bienestar y á su seguridad».—Comentario de la Constitucion, lib. III, cap. 36, páj. 99 N° 710.

Se observa de igual modo que precisamente la provincia de Buenos Aires, al sancionar la ley de que se trata, y al establecer el impuesto en cuestion destinado á formar el fondo de escuelas, con que ha de atender á los gastos de la educacion comun, ha procedido en cumplimiento del deber que impone la Constitucion General á todas las provincias, de establecer el Régimen Municipal y de proveer á la educacion comun, haciéndolo condicion del goce y ejercicio de sus instituciones, que les acuerda y garante; sin que de consiguiente el referido impuesto pueda de modo alguno considerarse abusivo é inconstitucional.

En verdad, Exmo. Señor, causa asombro el que se proponga con seriedad tan frívolo y sofístico argumento. ¿Qué relacion tiene la excelencia del objeto á que se aplica, con la naturaleza del impuesto, cuando siendo aquel el mas



importante, el mas elevado y el mas noble, este pudiera muy bien ser detestable ?

El fin no justifica los medios : *non sunt facienda mala ut eveniant bona*. A discurrir de otra manera, hasta la confiscacion de los bienes podria justificarse, si á algun Gobierno de provincia se le ocurriese restablecerla, siempre que la destinase al fomento de la educacion.

¿ Qué cosa mas noble y mas simpática que la caridad ? Esta virtud evangélica, que solo se ocupa del bien del prójimo, procurando socorrer la miseria y remediar todos los males que afligen la humanidad, con fundar hospitales, casas de expósitos, asilos de alienados, etc., etc., es ciertamente la esencia del Cristianismo (Joannes XIII—34), y la mas provechosa á la sociedad. ¿ Sería pues, lícito tomar lo ajeno contra la voluntad de su dueño, especialmente si este fuera muy rico, para ejercer la beneficencia ?

Al prescribir la Constitucion á las provincias, como condicion á la garantia de sus instituciones, proveer á la educacion comun, no por eso les ha ampliado con tal objeto, sus facultades para la creacion de impuestos, ni las ha autorizado para echar mano de recursos irregulares : apoderándose de bienes que tienen un objeto sagrado.

Tambien les ha prescripto establecer el Régimen Municipal ; lo que supone igualmente la creacion de impuestos destinados á sostenerlo ; y sin embargo, esta circunstancia no ha impedido, el que se declaren inconstitucionales, como lo han sido efectivamente, diversos impuestos Municipales creados en varias provincias.

§ 14. Se pretende : no ser cierto que el impuesto limite ni la facultad de testar, ni la capacidad de la Iglesia para adquirir ; puesto que la disposicion testamentaria se cumple, y aquella adquiere íntegramente lo que se le deja ; no siendo sino despues, que la contribucion viene á gravarla, como podria hacerse con cualquier otro impuesto.

Todo se reduce á sutilezas impropias de un juicio en que



se busca la verdad : el impuesto de la mitad de cuanto se deje á la Iglesia, que debe deducirse en favor del Estado, no solo coarta la voluntad del testador, obligándole, si quiere sufragios, á consentir en que se dé á una porcion de sus bienes otro destino muy diverso del que deseára, sino que es tan exorbitante y tan odioso, que las mas de las veces lo retraerá de beneficiar á la Iglesia, para no sufrir que el Fisco se aproveche de su liberalidad.

No es exacto tampoco que la disposicion se cumpla siempre, ni aun materialmente ; porque muchas veces sucederá que deduciéndose tan exorbitante impuesto, el valor restante del legado no sea suficiente para fundar la institucion, ó ejecutarse la obra piadosa que tuvo en vista el testador, cuyas disposiciones quedan entonces anuladas.

La Iglesia adquiere la propiedad de lo que se le deja; pero no libremente, sino como en fideicomiso con la injusta carga de entregar la mitad al Fisco, falseándose así el sistema de trasmision de la herencia por testamento, que descansa en la voluntad del testador ; pues no teniéndola de beneficiar al Estado, se le violenta sin embargo á que así lo verifique, si quiere sufragios y oraciones por su alma.

En el Código Civil se encuentran reglados los derechos sucesorios del Fisco, que solo es llamado á la herencia, no habiendo testamento y no existiendo tampoco parientes (artículos 1º y 6º, tít. 7º, lib. 4º, C. C.), mientras que la ley provincial de Buenos Aires, mediante un cambio de nombre, ha encontrado la manera de hacerlo heredero *ex-testamento* sin haber sido instituido, y de que sin serlo, concorra con los parientes *ab-intestato*.

Si el Código Civil, en vez de reconocer en la Iglesia plena capacidad para adquirir por testamento, solo le hubiese permitido percibir la mitad de lo que se le deje, ¿cual otro hubiera sido el resultado, que el que se realiza deduciéndose un cincuenta por ciento de lo que debiera percibir ?

A los hijos bastardos de dañado y punible ayuntamiento,



á quienes la antigua Legislacion solo concedia capacidad para heredar el quinto por razon de alimentos ( ley 7ª, tit. 8º, lib. 5ª, R. C. ) ¿ no les habria valido lo mismo el que acordándoles la ley plena capacidad para recibir el todo, mandase sin embargo reservar en favor del Fisco cuatro quintas partes ?

; Que la Legislatura de Buenos Aires no ha inventado el impuesto de herencias transversales ! Nó, ciertamente : ni siquiera ha inventado la cuota del cincuenta por ciento : porque ya antes se aplicó á los enemigos, durante la guerra de la Independencia ( ley de 19 de Mayo de 1819 ). La originalidad consiste únicamente en colocar á la Iglesia en lugar de aquellos, aunque el Gobierno Federal se declare su Patrono y Protector, obligándose á subvencionar el Culto.

Hé aquí, Exmo. Señor, los argumentos que emplea el representante del Consejo en defensa del impuesto en cuestion : y que adopta en todas sus partes, como fundamentos la sentencia apelada : no quiere pasar en silencio el exponente algunos conceptos del Juez, irrisorios y burlescos, que considera sumamente impropios de un magistrado y del todo inoportunos en un documento de esta clase.

§ 15. Hemos visto, Exmo. Señor, que á pesar de que la ley que nos ocupa determina en un diez por ciento el impuesto de herencia transversal entre extraños, eleva la cuota respecto á la Iglesia, al cincuenta por ciento : esto no obstante dice el Juez, que es la que menos puede quejarse : por ser *la mas favorecida en el Código*.

; Atienda esto V. E. ! De manera que todo el mundo, segun el Juez, debe darse por contento y quedar satisfecho, con ser bien tratado *en el Código* ; aunque fuera de él, en la realidad y de hecho, sea cruelmente estropeado. Precisamente la manera indigna en que una ley subalterna, ó de provincia, trata á la Iglesia Católica, á la cual respetan y protejen el Código y la Constitucion Nacional, seria lo que hiciera mas grave el agravio á su derecho si lo hubiese.



El Juez *á quo* en la originalidad de sus ideas no pára en esto : sino que considera inconstitucional por una parte, el que el Código estableciendo la distribucion legal de la herencia, pudiese impedir á las provincias deducir algunas cuotas por vía de impuesto ; y por otra, erróneo el que haya reconocido á la Iglesia plena capacidad para adquirir ! De pocas el Inferior no enmienda la Constitucion ! Dificil es calificar tanta lijereza.

Aunque ciertamente no es permitido á los Jueces valorar la justicia intrínseca de la ley, el Juez *á quo* lo hace en este caso oficiosamente y del modo mas desacertado, manifestando que él la encuentra muy justa ; por cuanto la Iglesia no necesita bienes, en razon de que el Cuito debe ser costeado por el Tesoro Nacional.

Tambien á nosotros nos costea el Tesoro. ¿ Seria pues tolerable el que cualquier adquisicion que hiciésemos se destinase al fomento de la educacion ? ¿ Lo toleraria el Juez *á quo* ? Yo me permito dudarlo. ¿ Quién le ha dicho á éste que la mision de la Iglesia se concreta al Culto, con prescindencia de la caridad y demas nobles objetos que se propone ?

Repase la Historia ; y encontrará que ella fué quien fundó en Europa los principales Establecimientos de Enseñanza y de Beneficencia ; avance un poco mas, y hallará tambien que la terrible plaga del Pauperismo en la mas grande nacion del mundo, tuvo origen en la supresion de los conventos y secularizacion de sus cuantiosos bienes.

Agrega en fin con inoportuna jocosidad el Juez *á quo*, que la Iglesia misma deberia reconocer la justicia de la ley que le arrebatara sus derechos ; por cuanto aplica sus bienes á la educacion del pueblo, que sin duda alguna es una obra piadosa. ; Sabia pues bien, que la mision de la Iglesia comprende toda obra de piedad ; y sin embargo, un momento antes, la reducía al Culto exclusivamente !

Si se trata de la educacion moral y religiosa, que no se concreta á ilustrar el entendimiento con las nociones rudimentales de las ciencias naturales y de las artes, sino que se



propone principalmente formar el corazon, corrigiendo sus propensiones innatas al mal, para hacer mejores á los hombres, es efectivamente una gran obra de misericordia: nadie lo ha comprendido mas bien que la Iglesia, ni practicado con mas extension esa virtud, empleando con tal objeto mucha parte de sus bienes: sin que por esto deba recibir tutor para su inversion.

Pero lo que quiere el Liberalismo y á lo que aspira, es precisamente á la educacion sin Dios ni religion, y con una moral de mera forma, puramente convencional; esa clase de educacion que ya se ha propuesto y que muy luego se sancionará sin duda; la cual como lo demuestra la Estadística, no disminuye ni atenúa los crímenes, léjos de ser obra de misericordia, es un veneno para las almas de los pobres niños, cuyo porvenir compromete horriblemente en el tiempo y en la eternidad: *corruptio, optimi, pesima*.

Ahora bien, obligar á la Iglesia á costear esta clase de educacion laica ó atea, que no es de dudarse llegará á establecerse, la cual importa la contradiccion de su doctrina y su propia negacion, seria, si tal sucede, imponerle el yugo mas ominoso, y hacerla víctima de una tirania mas dura, que la que en tiempos pasados soportó en Rusia ó Inglaterra cismáticas, y aun en la antigua Roma, bajo el imperio de Neron.

### III

Tampoco deben pasar en silencio las declamaciones del representante del Consejo de Educacion contra la Iglesia Católica á propósito de la cuestion que se debate, para suplir con estas la falta de razones, y paliar la gran injusticia que sostiene.

En ellas se ataca á nuestro Clero del modo mas indigno, llamándolo ocioso, avaro y sibarita, sin otro motivo que el de resistir la humillacion y el despojo de sus derechos, que impone á la Iglesia Católica una ley provincial, inspi-



ra da sin duda, á juzgarse al menos por lo que se expone en su abono, por el ólio del Liberalismo y las Sectas, sus mas formidables enemigos ; y esto á pesar de haber guardado en la defensa la mayor moderacion, y de no haber empleado en ella otros medios que los recursos legales que le competian ante los Tribunales.

Por mucho menos que esto ha apercibido V. E. hace poco á un abogado, declarando que cualesquiera que fuesen sus ideas en materias religiosas, debia haber respetado á la Iglesia Católica, á que pertenece la gran mayoría de los argentinos, y de la cual en esta consideracion el Gobierno Federal se declara Patrono y Protector en la Constitucion del Estado: el Fiscal espera que esta vez V. E. sea consecuente con sus resoluciones anteriores para estirpar en el foro tales abusos.

§ 16. Oigamos al representante del Consejo en el párrafo noveno del escrito de f. 4 á 26: « Quiero ahora, dice, ocuparme siquiera sea lijera mente, de la actitud de la Iglesia ante la sancion de la ley de Setiembre de 1875. No puede ocultarse á V. S. la atmósfera de desprestigio de que ha querido rodearse la ley que discutimos. No se ocultará al Juzgado la resistencia que ha venido alentando la propaganda sigilosa del Poder clerical. Es el Clero y son las órdenes religiosas las que con la imprudencia de siempre, quieren medirse con el Poder Civil, alentando la desobediencia á la Constitucion y á la ley. »

; Cuanta lijereza y cuantos dislates á nombre de un cuerpo tan respetable como el Consejo de Educacion ! Su procurador pretende convertir al magistrado Civil en Juez de la conducta política de la Iglesia, y de pocas no pide el que se la procese, considerándosela criminal, por haber tratado de desprestigiar silenciosamente la ley.

Observe V. E. lo que es el Liberalismo práctico y lo que valen sus teorías al convertirse en realidad, y ser llevadas á ejecucion.

La conducta de la Iglesia en Buenos Aires á propósito de



la ley que se debate, ha sido precisamente la misma que ella observa en todas partes, siempre que considera que se le desconocen sus atribuciones, ó se atacan sus derechos, la resistencia pasiva : ella ha sufrido por mucho tiempo el que se ejecute dicha ley en daño suyo, esperando sin duda el que se corrigiera, hasta que al fin se ha resuelto á emplear ante los Tribunales los recursos que le franquea el Derecho.

Nuestra Constitucion no presume la infalibilidad del Legislador, antes suponiendo que pueden darse muy bien leyes desacertadas y aun atentatorias de sus disposiciones y de las garantías que acuerda, para este caso, las declara anticipadamente nulas, permitiendo discutir su validez y someterlas á la revision de los Tribunales.—Art. 31 de la C. N. Hamilton, N° 78 de Federalista, páj. 629 Laboulaye.—Estudios sobre la Const. de los E. U. conf. 18ª, tom. III, páj. 191, Gonzalez.—Lecciones de Derecho Constitucional. Lec. 33, páj. 383.—Toequeville, La Democracia en América, lib. 1ª, cap. 6ª, pájina 71.—Lieber, La Libertad Civil, tom. 1º, cap. 15, N° 26.

En nuestro sistema de gobierno es pues completamente lícito examinar tales leyes, criticarlas públicamente para desprestigiarlas, y aun anularlas por resortes jurídicos, si en efecto, fuesen desacertadas é inconstitucionales : y entre tanto se acrimina con dureza á la Iglesia de haberlo hecho cautelosamente, respecto á la que nos ocupa.

A propósito de los intereses religiosos, se pretende hacer distincion é introducir antagonismo entre los del Clero y los de los fieles : es una treta bien conocida del Liberalismo : porque no existe tal contradiccion : antes bien, esos intereses son idénticos ; no pudiendo los fieles dejar de sentirse ofendidos, cuando el primero es atacado : y solamente las Sectas enemigas de todo Culto positivo, conciben la Religion sin sacerdotes, é inventan un Catolicismo sin frailes, ni clérigos, ni obispos, y aun sin Papa.

El representante del Consejo de Educacion encuentra petulancia en que la Iglesia pretenda medirse con el Poder Civil, cuando la mayor parte de las naciones Europeas tienen





Ministros públicos acreditados ante su Jefe y pactan con él, reconociendo la independendencia de la Iglesia ; sin excluirse las mas grandes potencias, como los Imperios de Alemania y Rusia.

Nada mas inexacto é injusto que la insinuacion de que nuestro Clero se haya conducido en todo tiempo con imprudencia, en relacion á los negocios públicos ; ahí está la historia para desincentir este aserto, acreditando el patriotismo y la moderacion del Clero Argentino, aunque á veces haya resistido honrosamente á la Tiranía, como lo hicieron en la época ominosa de Rosas, el ilustre Escalada, el Dr. Cabrera y los PP. Jesuitas, que prefirieron la persecucion y el destierro, al servilismo y la abdicacion que se les exijia.

Es falso, en fin, que esta vez haya tratado de desobedecer la Constitucion y la ley, pues por mucho tiempo ha sufrido el despojo de sus derechos ; y al reclamarlos por último, lo hace apoyándose precisamente en la Constitucion, que coloca á la Iglesia Católica en una situacion privilegiada, y en el Código de la Nacion, que protege esos derechos, reconociendo su capacidad, contra una ley reaccionaria de provincia, que con pretextos mas ó menos plausibles y especiosos, trata de despojarla de su propiedad.

§ 17. « ¿ Qué privilegio *especial* (como si pudiera haberlos generales para todos), continua el representante del Consejo, puede invocar la Iglesia como legataria? Segun nuestras leyes civiles, la Iglesia es una persona jurídica capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, en la misma forma y modo que una persona de existencia visible. »

« ¿ Qué fuero especial puede invocar la Iglesia, tratándose de un impuesto que grava ciertas formas de adquisicion de bienes (modos, quiso decir); y que refiriéndose á ellas, las grava con inmensa ventaja para la sociedad ? »

« ¿ Dónde están los preceptos de la ley nacional que revelan un espíritu de privilegio y proteccion á los derechos civiles de la Iglesia, como falsamente lo asevera el Fiscal. »



; Es hasta donde puede llegar el abuso de la declamacion! Todo el contenido de los párrafos transcriptos se reduce á un solo concepto repetido muchas veces, en diversas formas y con distintas frases, el de que por el Código Civil la Iglesia en cuanto á la adquisicion de bienes, no goza privilejio alguno.

Privilejio, nó; pero proteccion y libertad, sí; lo cual basta para que no se la puede despojar impunemente, ya sea por vías de hecho, ó por reglamentos ú otras disposiciones subalternas, que nunca alcanzarán á derogar el Código Nacional: y que antes bien, siempre que traten de hacerlo encubierta ó embozadamente, cualquiera que sea el pretexto que invoquen, aunque consista en las necesidades de la educacion comun; resultando en oposicion con él, deben ser consideradas nulas y de ningun valor.

Tan falso es que el Fiscal Eclesiástico en esta cuestion haya invocado privilejio alguno en favor de la Iglesia, que precisamente lo que trata, es de rechazar el muy exorbitante que á aquella le acuerda la ley provincial de 1875, al imponerle el cincuenta por ciento de lo que adquiera por sucesion; acogiéndose al Derecho comun que hace sagrada é inviolable para todos la propiedad y que permite disponer de ella ó adquirirla libremente.

Si por el Código, segun lo establece el representante del Consejo, la Iglesia es una persona jurídica capaz de adquirir bienes como cualquier persona de existencia visible, no se le pueden exigir para esto otras formas, imponer otras condiciones, ni someterla á mayor contribucion, que las que se requieren de aquellas: de otra suerte, no seria una persona tan capaz como ellas, ni gozaria los mismos derechos: pues resultaria de peor condicion á todas.

Pretende el representante del Consejo que hay inmensa ventaja en gravar á la Iglesia con impuestos. Segun los economistas, todo impuesto es dañoso y debe ser considerado como un mal. ¿ Por qué serian pues, inmensamente ventajosos los que se impongan á la Iglesia? Es que el procurador,



considerando funesta esta institucion, crée que convendria coartarla, oprimirla y hostilizarla hasta hacerla desaparecer!

Puede opinar como quiera; quizá segun lo indica, serian estas tambien las vistas y los propósitos de los que sancionaron el exhorbitante y abusivo impuesto de que se trata; pero sus ideas no forman seguramente la opinion de todos ni del mayor número de los argentinos; ni ella ha sido tampoco la de los Constituyentes que en esta y otras muchas consideraciones, encontraron á la Iglesia Católica no solo digna de proteccion, sino tambien acreedora á favores especialísimos.

¿ A cuál de estas opiniones ha de estarse? V. E. lo decidirá; entre tanto, el Fiscal no puede menos de llamar vuestra atencion sobre las teorías y doctrinas que se desarrollan en la defensa, y que sirviendo de comentario á la disposicion que examinamos, nos revelan á las claras, el espíritu y tendencias con que aquella ha sido dictada; aunque otras veces se encubran con el fomento de la educacion.

§ 18. «Nuestro Código, continua el representante del Consejo, que ha roto con todos los privilegios, que ha borrado los fueros especiales: y que ha nivelado, en fin todas las personas con el cartabon de la ley, no puede ser objeto de las afirmaciones calumniosas del Sr. Fiscal.»

«No hay un solo artículo del Código, que al tratar de la Iglesia en su relacion jurídica, la distinga de un Banco, ni de ninguna otra asociacion que tenga el carácter de persona jurídica.»

«Ella puede adquirir bienes y contraer obligaciones porque este es un derecho comun á las personas jurídicas: no goza de la menor prerogativa, no tiene el mas insignificante privilegio, antes al contrario; se comenta con muy poco disgusto por parte del Legislador la doctrina de las manos muertas, que seguramente no beneficia á la Iglesia.»

¡ Palabras, palabras y mas palabras! Con perdon del representante del Consejo; la inexactitud en las afirmaciones que



falsamente imputa al Fiscal Eclesiástico, está de su parte : y no de la de este Funcionario, quien al defender la capacidad civil y el derecho de propiedad de la Iglesia, no ha pretendido, ni invocado privilegio alguno, que tampoco necesitaba para resistir la espoliacion, sino que se ha atendido simplemente al Derecho comun.

No cabe una impugnacion mas completa ni una condenacion mas absoluta, del odioso privilegio á que somete á la Iglesia la ley provincial de 1875, al establecer contra ella en el impuesto á las herencias, una cuota especial y elevadísima, que la que hace el mismo defensor del Consejo, recordando que el Código Nacional ha roto todos los privilegios, borrado todos los fueros especiales é igualado con el cartabon de la ley el derecho de todas las personas.

Esto supuesto, es claro como la luz, que se opone abiertamente al Código é infrinje sus disposiciones, quien intente privilegiar á la Iglesia con mayor rebaja en lo que hereda, que la que se impone á las demas personas, haciéndola de inferior condicion á todas, y restableciendo los fueros especiales que destruirian la igualdad, á menos de torcerse antes del modo mas escandaloso, ese famoso cartabon con que se miden los derechos.

Nadie atribuye á la Iglesia privilegios civiles á su favor: pero no es cierto, á pesar de esto, que el Código haya incido en el grosero error de equipararla en todo á un Banco cualquiera, que tenga el caracter de persona jurídica.

El Código distingue muy bien entre las personas jurídicas, las de una existencia necesaria, que la ley civil no ha creado, propiamente hablando, sino solo reconocido, sin poder dejar de hacerlo, por que son y subsisten independiente de su voluntad, de las que solo existen por accidente como pura creacion de la ley : de la primera clase son la Iglesia y el Estado ; de la segunda los Bancos : « siendo conveniente y *necesaria*, dice el Dr. Velez, la existencia de la Iglesia no vemos razon alguna para privarla ó limitarle



los medios de su propia conservacion ».—Nota del art. 12, tit., sec. y lib. 1<sup>o</sup>, C. C.

Si por el Código Civil la Iglesia puede adquirir, no por vía de privilegio, sino segun pueden hacerlo las demás personas capaces de propiedad, es claro que las disposiciones reglamentarias no deben sujetarla á otras formas, ni á otros impuestos, como condicion de la adquisicion, que las establecidas respecto de aquellas.

El autor del Código Civil, en la época presente, no parece haber temido demasiado á las *manos muertas*; sino á las *vivas*, cuando á propósito del Banco Nacional que trataba de establecerse, decia: « *Yo quiero un capital que se defienda* »: no de las ánimas ciertamente, sino mas bien de la rapacidad de los vivos.

Hablando el Dr. Velez de las restricciones y limitaciones que muchas veces se han impuesto á la Iglesia para adquirir y poseer bienes, so pretexto de evitar su amortizacion, se espresa así: « todo lo que á este respecto se ha dicho y hecho desde el siglo pasado, ha sido por espíritu irreligioso ó con la mira de someter absolutamente las Iglesias al Poder Temporal, aun cuando se quebrantaran los derechos individuales y la libre disposicion de los bienes por los propietarios de ellos ».—Nota al art. 12, tit. sec. y lib. 1<sup>o</sup>.

§ 19. « ¿ Dónde está, pregunta el procurador del Consejo, la proteccion á las instituciones religiosas? ¿ Consistiría en que la Iglesia está sostenida por el Estado y la Nacion? Pero este seria un argumento contraproducente, porque vendria á demostrar que los bienes le son innecesarios ».

« La Iglesia se encuentra sostenida en sus necesidades y en su culto por los Gobiernos de la Nacion y del Estado, (á racion de hambre), y debiera en verdad mostrarse mas desprendida del positivismo que la absorbe, haciendo prácticas las doctrinas evangélicas, que en materia de enseñanza han sido desatendidas por ella, y á que hoy provée la ley de educacion ».



« Nuestro Clero y nuestras instituciones religiosas, no solo se mantienen rebeldes al movimiento progresista y civilizador del Poder Civil, sino que dificultan los esfuerzos laudables de un gobierno y de una sociedad educacionista ».

« ¿ Qué otra cosa importa esta demanda que querer apropiarse los recursos con que el Estado hace frente á esa enseñanza, que prescribe la ley fundamental del Estado, y que imponen la religion y la moral cristiana » ?

« ¿ Qué importa la derogacion de esta ley, sino el embrutecimiento y la ignorancia de las masas, á trueque de alimentar el sibaritismo, que ocultan al fanático creyente los misteriosos muros del convento ? »

La proteccion á los derechos civiles de la Iglesia se encuentran en el Código, deducida del hecho mismo de declararla persona juridica no como tantas otras, sino de existencia necesaria, lo cual implica reconocer que su objeto no solo lleva un carácter de eminente utilidad pública, sino considerarla absolutamente indispensable al bien de la sociedad.

Está en la plena capacidad que le reconoce para adquirir y garantia que le ofrece á su propiedad ; sin admitir las limitaciones inventadas en otras épocas, reconociendo con la franqueza y la sinceridad, que seria de desear en todos, que aquellas han nacido de un espíritu irreligioso y hostil á la Iglesia Católica.

Doctrina es esta, segun se deja ver, diametralmente opuesta á la del Liberalismo, que halla inmensa ventaja en gravar, coartar y oprimir á la Iglesia, entretanto se encuentra la posibilidad, como ya se insinúa, de suprimirla ó destruirla por medidas mas radicales.

El privilegio político de la Iglesia Católica radica en la Constitucion, al exigir ésta como condicion indispensable para ejercer la Suprema Magistratura, pertenecer á su gremio ; al declarar al Gobierno Federal su Patrono y Protector, al imponerle en fin el deber de costear su Culto ; instituciones cuyo sentido ha fijado en términos mas precisos y mas explícitos, la interpretacion auténtica del Congreso, declarando

en el art. 14, inc. 1°, título.—« De las leyes », Código Civil, que el Catolicismo *es la Religion del Estado*.

Si esto se negase, provocaríamos al representante del Consejo, á que determine cuál es la religion á que se refiere el espresado artículo, hablando de nuestro país y atribuyéndose-la al Estado.

No es contraproducente la observacion de que la Nacion tiene el deber constitucional de costear al Culto Católico: ya porque esa obligacion no se cumple todavia sino de un modo muy imperfecto, cuanto porque los fines de la Iglesia no se reducen esclusivamente al Culto, abarcando además el inmenso campo de la caridad y el bien moral de la humanidad bajo todas sus fases.

Cuando se demostrase que la Iglesia no tiene necesidad de las oblaciones y liberalidad de los fieles, no se probaria con esto el derecho de los Estados para apoderarse de su propiedad con cualquier pretexto : pues ésta entre nosotros no se funda en la necesidad, tomada la palabra en sentido socialista; sino en causas muy diversas, que ciertamente presuponen las necesidades ; pero que las consideran ilimitadas.

Entre tanto, la circunstancia de ser el Tesoro Federal quien costea constitucionalmente el Culto Católico, demuestra evidentemente, que se trata de una institucion nacional ó adoptada por la Nacion, sosteniéndola, y que desde entonces no puede ser explotada por los Gobiernos de provincia, ni suministrarles materia imponible.

Si, como lo recuerda el procurador del Consejo, el Gobierno de Buenos Aires, con arreglo á la Constitucion Provincial, tiene tambien que cooperar al sostenimiento del Culto, debe abstenerse con mayor razon, de privarlo por medio del impuesto de lo que donen los particulares con este mismo objeto ; el que ha de ayudar y auxiliar, empiece por no quitar, segun lo indica el buen sentido.

De otra suerte se verificará exactamente, la anomalia que preveía, y describe el ilustrado Dr. Alberdi, diciendo que se realizaría cuando el Derecho Administrativo no anduviese





acorde con los principios constitucionales, á saber, que la ley arrebataria con una mano lo que ofreciese con la otra.

Es sobradamente ridículo que el procurador del Consejo, convertido en predicador, pretenda explicarle á la Iglesia la doctrina del Evangelio, segun el cual, el que no la recibe de aquella, ni se somete á su decision acerca del verdadero sentido de esa doctrina debe ser excluido de su gremio, siendo tenido por infiel y publicano.

La Iglesia no desconoce, ni ha desconocido jamás, sus grandes deberes con respecto á la educacion, pero esos deberes implican á la vez ciertos derechos que el Liberalismo le niega por completo, excluyéndola de las escuelas, y convirtiendo la educacion en monopolio del Estado, á fin de que éste la pervierta y la dirija segun sus miras.

Si se quiere que la Iglesia coopere á la educacion como es razonable y justo, déjensele los recursos de que podria disponer á este objeto ; y permítasele desempeñar dignamente su mision ; si entonces el Clero descuidase sus obligaciones en este punto, motivo habria para quejarse de él, siendo el Fiscal el primero en confesarlo.

Pero no es esto lo que se pide, sino que la Iglesia entregue ciegamente al Estado, todos sus medios, sin cuidarse de la clase de educacion que éste se proponga dar, aun cuando sea laica y atea, como puede suceder mañana, y aun cuando importe de consiguiente la impugnacion de su doctrina y la completa negacion de sí misma ; entonces la cuestion cambia sin duda de aspecto ; y semejante pretension aparece no solo injusta sino tambien absurda.

El representante del Consejo acusa al Clero de oscurantista y retrógrado ; por no prestarse de buena voluntad á entregar sus intereses al Gobierno, á fin de que con ellos impulse el progreso por medio de la educacion ; y tacha tambien á las instituciones religiosas, de estacionarias por no saber acomodarse á la marcha progresista del siglo.

Hay ciertamente lijereza y temeridad en pretender que la Iglesia, depositaria de la verdad revelada y que por medio





de su doctrina divina, ha regenerado al mundo, sacándolo de la currucción y la barbarie, y conducido á las sociedades al través de los siglos, hasta el estado de adelanto en que hoy se encuentran, haya de modificar sus dogmas conformándolos á las opiniones del día ó á las teorías y sistemas filosóficos, que tan pronto aparecen y seducen por el momento, como son combatidos y abandonados, sucediéndose los unos á los otros con excesiva rapidez.

La doctrina evangélica de amor y de fraternidad se irá perfeccionando ella misma, á medida que avance hasta sus últimas consecuencias, y que sea practicada con mayor fidelidad, en lo cual consistirá el progreso moral del mundo; pero la Iglesia no variará seguramente el dogma en lo mas mínimo; porque si pudiera suceder de otro modo, y tal aconteciera efectivamente, con esto mismo habria demostrado la falsedad de su sistema.

Es una queja perpétua del Racionalismo, el que la Iglesia es refractaria á la civilización con la cual rehusa conciliarse: en efecto, ha sido condenado como error, en concepto del exponente, con muchísima razon, el sostener que la Iglesia tenga necesidad y deba reconciliarse con la civilización; pues esto supondria que se encontraban divorciadas ó reñidas, lo cual es una falsedad injuriosa.

No hay tal divorcio ni antagonismo alguno entre la civilización y la Iglesia, que acepta, aplaude y bendice los adelantos de las sociedades modernas; gloriándose de ellos, pues en gran parte le son debidos, sino que Católicos y Racionalistas no comprendemos del mismo modo la civilización, ni la definimos de la misma manera.

Mientras para unos todo consiste en el desarrollo de las ciencias naturales y de las artes, en el aumento de la población y de la riqueza, en una palabra, en el progreso material y los goces sensibles; que bien pronto enjendran la corrupción de las sociedades y las precipitan en su caída, en medio de una grandeza aparente; para los otros el progreso material es de un órden secundario, y debe venir en consecuencia



del perfeccionamiento moral por la práctica de la virtud y la realizacion de la justicia : *buscad el Reyno de los cielos ; y todas las demás cosas se os darán por añadidura.*

Al mismo tiempo que se acusa de esterilidad al Clero y á las instituciones religiosas, con motivo del impuesto de un cincuenta por ciento en las herencias transversales, se encomia la provechosa fecundidad de la accion absorbente del Estado.

El Dr. Alberdi, será quien conteste sobre este punto, oigámosle : hablando de los impuestos exhorbitantes se expresa así : « Muchos han visto en las contribuciones elevadas un estímulo á la produccion mas que un ataque. Puede ser un estímulo como puede serlo el robo, el naufragio, el incendio y el saqueo. » Sistema Económico y Rentístico de la Confederacion Argentina, § 5º, páj. 634.

¿ Qué otra cosa importa esta demanda, pregunta el representante del Consejo, que intentar la Iglesia apropiarse los recursos con que el Estado costea la enseñanza ? Hay en este concepto una verdadera paradoja. ¿ De qué recursos se trata ? ¿ No es acaso de la mitad de lo que se deja á la Iglesia ? Entonces la Iglesia no pretende apropiarse cosa alguna del Estado ; sino únicamente conservar lo que es suyo ; siendo por el contrario, el Estado el que se apodera indebidamente, y contra toda justicia, de los derechos de aquella.

Supone el procurador del Consejo que la supresion del indicado impuesto sobre los legados á la Iglesia, importaria la ignorancia y el embrutecimiento de las masas : nada hay de verdad en este aserto, si se tiene presente el estado de prosperidad de las rentas y el crédito de la provincia no menos que el de la Nacion.

Este impuesto por su misma exhorbitancia, tan luego que sea bien conocido del pueblo, bien poco ó nada ha de producir, no teniendo en lo sucesivo otro resultado práctico, que el de impedir que se legue á la Iglesia para funerales y otras obras piadosas.

Es desdoloroso para la Nacion como para la provincia de



Buenos Aires, suponer que sin el despojo de la Iglesia que careciendo de bienes, no recibe del Estado sino una racion de hambre, aquellas no pudiesen atender convenientemente sus escuelas, y hubiesen de dejar á las masas sumidas en la ignorancia y el embrutecimiento.

No es, en fin, una manera apropiada de educar y civilizar al pueblo el presentarle de ejemplo la espoliacion de la Iglesia legalizada por las autoridades civiles. ¿Qué concepto quereis que este se forme de la justicia? ¿Bajo qué aspecto concebirá la idea del Derecho y del Estado? ¿Cómo ha de aprender á respetar lo ajeno, si vé que sus directores no consideran inmune ni lo mas sagrado?

Proponerse estirpar el embrutecimiento y la ignorancia en las masas populares, por el ataque á la propiedad privada y el despojo de la Iglesia, importaria aplicar á la política el sistema homeopático, intentando remediar y curar los males sociales con otros semejantes; pues que seria combatir la barbarie con la barbarie.

¿Qué se ha de decir de las imputaciones de avaricia y simonismo que el representante del Consejo se permite dirigir al Clero? Que presentándose desnudas de todo comprobante y en oposicion á lo que todos presenciarnos, deben ser tenidas solamente por insultos é injurias, que incumbe á V. E. reprimir como lo ha hecho otras veces.

¿Dónde están las grandes riquezas acumuladas por los conventos, que permitan á sus miembros vivir en la molicie y los placeres? Aquellos serán muy felices, dice el Dr. Velez, que conocia bien el país, si alguna vez consiguen sostenerse de sus rentas; pero el fanatismo irreligioso les hace ver fantasmas á los enemigos de la Iglesia, al traves del prisma ennegrecido de sus preocupaciones.

§ 20. Concluye el procurador con estas palabras: «La escuela que es el elemento civilizador de los pueblos, la educacion que es el culto de las sociedades modernas, los millares de inteligencias infantiles que brillarán bajo la accion



tutelar de los gobiernos, todo se quiere posponer, no ante el Culto, porque lo sostiene el Estado ; no ante el dogma, porque en nada lo afecta un impuesto pecuniario, sino ante la sórdida avaricia que recibe su estímulo del ócio y la inacción de nuestro Clero. »

« Actos son estos que si no es posible estirparlos con toda la eficacia de *una ley mas radical*, es conveniente al menos atenuarlos, en su trascendencia, entregando á la educacion pública una parte siquiera del antiguo monopolio del poder clerical. »

No desconocemos en manera alguna la importancia de la escuela, ni su influencia directa y eficaz, así en la suerte de los niños que la frecuentan, como en el porvenir del país: pero dudamos francamente de su excelencia, convertida en monopolio oficial y puesta exclusivamente en poder del Estado, incompetente para darla, y que con frecuencia la hace servir abusivamente, á fines muy diversos de los que tendrían en vista los padres.

« Los abusos del Poder en la direccion de la enseñanza, dice el Dr. Alberdi, cuyas doctrinas hemos tomado por guía en este escrito, han hecho ver que su libertad era el mayor medio de garantizarla contra ellos. Bajo el mejor Gobierno Argentino, la Universidad de Buenos Aires tuvo cátedras oficiales en que se enseñó el materialismo de Cabanis (Curso de filosofía de Agüero ), y se reemplazó el estudio del Derecho Romano por la doctrina sensualista de Jeremias Bentham».—Sistema Económico y Rentístico, páj. 693.

Se decia en otra época que la educacion para que fuera completa y provechosa, debia ser principalmente moral y religiosa ; ahora el representante del Consejo pretende que para los pueblos, que por lo visto no precisan otra, la religion es la educacion misma ; de suerte que aunque nada se enseñe acerca de aquella, ésta nunca podrá considerarse irreligiosa é impía ; porque la misma enseñanza aunque fuese láica servirá de religion : ó no lo comprendemos ó el con-



cepto que examinamos contiene solamente una absurda paradoja.

Acabamos de ver en el Dr. Alberdi lo que suele ser la enseñanza monopolizada por el Estado. ¿Qué será mañana si prevaleciendo las teorías liberales y racionalistas, que hoy se proclaman sin embozo, se excluye á Dios de las escuelas y con él se elimina la moral religiosa ?

Vendrán indudablemente la anarquía en la ideas, el egoismo desenfrenado y la desmoralización, que tienen minadas á las sociedades Europeas ; en vez de ciudadanos honrados y pacíficos saldrán de las escuelas públicas comunistas y cantonales ; nihilistas, fenianos, internacionales y socialistas de todas clases y matices.

Luego tendremos quizá los asesinatos políticos y las explosiones por la dinamita : los millares de inteligencias infantiles de que nos habla el procurador, diciendo que se desarrollan en las escuelas oficiales, y que llegarán á brillar, lo harán probablemente si aquel sistema prevalece ; no cual la luz que ilumina, sino mas bien como la tea que incendia y devasta.

Supone el representante del Consejo que en todo caso, la ley Provincial y el impuesto del cincuenta por ciento de que se trata no comprometen el dogma : y que no valia la pena de que la Iglesia hiciese cuestion de dinero.

Se olvida que entre los dogmas á que se alude, ademas del que declara de acuerdo con la Jurisprudencia, inviolable toda propiedad ; estableciendo que no es lícito apoderarse de ella contra la voluntad de su dueño, figura tambien el de la independencia de la Iglesia, la cual abdicaria desde luego, reconociendo en el Poder Civil, derecho para disponer libremente de sus intereses.

La propaganda del Patriarca de la impiedad y Consejero de la calumnias sobre el ócio, molice y avaricia de los frailes, ha hecho su camino ; pero hoy dia á nadie engaña ya ; y si una ciencia mediana é incompleta pudo considerar inútiles á los sacerdotes, con relacion al desarrollo de la riqueza pú-



blica, por cuanto de ordinario no trabajan materialmente, ni presentan sus productos en el mercado, lo cual sucede tambien á los médicos, abogados y profesores de las ciencias ó artes liberales, nociones mas adelantadas de Economía política han venido á rectificar tan erróneo concepto.

Efectivamente, los que cuidan de la salud, se encargan de gestionar los derechos particulares, administran justicia ó se ocupan de mejorar la condicion moral de los trabajadores suprimiendo en ellos los vicios; lo mismo que los que exponiendo una teoría mas adelantada, perfeccionan los procedimientos de las artes, en realidad no contribuyen menos á la produccion, que el agricultor, el industrial y el comerciante.

Note entre tanto V. E. por el comentario que de ella se hace, el espíritu y motivos de la ley que establece contra la Iglesia el exorbitante impuesto en discusion, que segun la referida exposicion, llevaria por objeto reprimir el ócio y la avaricia del Clero; y esto por pronta providencia, mientras viene *otra medida mas radical* que ya se indica, á suprimir el mal por completo.

Comprenderá entonces, que no se trata propiamente de una medida financiera, al menos si se ha de estar á los fundamentos que le atribuye su defensor, el representante del Consejo, sino mas bien de una ley dictada en espíritu de hostilidad al Clero y completamente refractaria por tanto, de la Constitucion Federal, ley suprema del país.

Despues de la expoliacion legal de los bienes de la Iglesia, que se suponen perdidos y esterilizados en su poder, ó lo que es peor todavia, destinados á fomentar los vicios del Clero, seria una consecuencia natural y lógica, que vendria mas tarde, la supresion de tan dañosa institucion, siendo ella sin duda alguna, *la medida mas radical*, á que se refiere el representante del Consejo de Educacion.

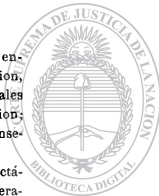
Los elementos conservadores de la sociedad deben pues, oponerse con tiempo á la realizacion de lo que se nos anuncia sin la menor reserva. ¡ Tan seguros se consideran los que

así piensan, del triunfo final de sus ideas ! Y los jueces encargados de velar por el mantenimiento de la Constitución, deben apresurarse así mismo, á rechazar y condenar tales teorías, en que se basa, segun se supone, la ley en discusion; declarándola V. E. inconstitucional, y revocando en consecuencia la sentencia apelada.

Tal es al menos la opinion del Fiscal, y el sincero dictámen que en tan grave asunto ofrece á la ilustrada consideracion del Tribunal, cuya reconocida rectitud sirviendo á los fines de la justicia, salvará esta vez el sagrado de la propiedad, y conservará incólumes los principios en que descansan la sociedad, la moral y el órden público.

Buenos Aires, Enero 26 de 1884.

---



# VISTA X

## DEFICIENCIA DE TÍTULOS

### SUMARIO:

Reclamo por defectos en los títulos—Providencias que puede revocar el Juez durante la tramitación—¿Si debe considerarse defectuoso el título de venta de un bien hereditario, hecha por los hijos, por no contener la declaración de herederos?—¿Cómo se justifica el dominio?—La calidad de comunero se comprueba por el reconocimiento de los interesados—¿Si la prescripción de treinta años perjudicaría á menores ó incapaces?—¿Si probaría el derecho contra el Fisco?—La ley Provincial de 29 de Julio de 1867 se encuentra derogada—¿Qué debe resolverse sobre una venta resultando defectuosos los títulos, y no pudiendo subsanarse los defectos?

*Exma. Cámara:*—La testamentaria de D. Patricio Linch vendió en remate público la casa situada en la calle Corrientes N° 178, á D. Lauro Galindez, el cual muchos dias despues de haberse aprobado el remate, y ordenádosele depositar el precio, se presentó observando que los títulos de la casa eran defectuosos por las razones que expresaba; y pidiendo se ordenase á dicha testamentaria subsanar las deficiencias en el término que se le señalase.

Contra esta pretension se opuso por los demandados, encontrarse ya ejecutoriado el auto que ordenaba al comprador la oblacion del precio; habiendo disfrutado el término designado por el art. 521, de la Ley de Procedimientos, para poder examinar y observar los títulos.







Que estos en realidad no pueden considerarse deficientes: desde que siendo perfectamente válidos, acreditan además el tiempo de posesion necesario para la prescripcion.

En fin, que no siendo posible subsanar los defectos que indica el comprador, mal podría sin embargo obligarse á la testamentaria á verificarlo; y cuando más aquel tendría derecho para dejar sin efecto la compra.

Esto, no obstante, el Juez *á quo* por sentencia definitiva de f. 21, fecha 15 de Marzo del corriente año, declaró que efectivamente los títulos de la expresada finca eran defectuosos con relacion á los puntos indicados por el comprador; y que la testamentaria de Linch debía subsanar tales deficiencias en el término de quince dias; resolucion de la cual apelaron los representantes de la testamentaria, cuyos fundamentos se propone analizar el Fiscal.

Es de notarse en primer lugar que en la cuestion suscitada por los demandados sobre si el comprador se encontraba ó no en tiempo para oponerse al depósito del precio y observar los títulos, recayó la resolucion que se registra á f. 18, por la cual se declaraba estar fuera de tiempo; y en consecuencia no se hacia lugar á la demanda de f. 7, auto que habiendo sido notificado á las partes, sin haberse deducido contra él recurso alguno, quedó desde luego ejecutoriado.

A pesar de esto, Exmo. Señor, y sin haber mediado reclamacion alguna de parte interesada, el Juez de oficio por auto del f. 19, vta., fecha 21 de Febrero, revocó por contrario imperio la referida resolucion, considerándose autorizado para ello por la ley 2ª, tít. 22, P. 3ª.

A juicio del Fiscal hubo en esto un error manifesto, que proviene de la mala inteligencia dada á la citada ley.

Esta, en verdad, autoriza al Juez para revocar las providencias meramente interlocutorias, que se dictan en el curso del pleito, pero de ninguna suerte puede hacerlo con las que tienen fuerza de definitivas ó producen gravámen

irreparable las cuales son ciertamente apelables ; pero no pueden revocarse por el mismo Juez que las dictó, ni de oficio, ni á peticion de parte.

Ahora bien, Exmo. Señor, la precitada resolucion de fojas 18, en que, decidiéndose sobre la excepcion de cosa juzgada ó de prescripcion de la accion deducida, se desechaba la demanda de f. 7, no solo importaba una resolucion con fuerza de definitiva, sino que en realidad era una verdadera sentencia, desde que quedando subsistente, ponía fin al pleito.

De consiguiente, esa resolucion notificada á las partes y no apelada pasó en cosa juzgada, sin que el Juez pudiera revocarla ; y el auto de f. 19 vta., que la deja sin efecto, adolece de perpétua nulidad, como es nula toda resolucion que se pronuncie contra la cosa juzgada.

A pesar de esto, y procurando el mayor esclarecimiento en la cuestion, es conveniente el que nos hagamos cargo tambien y examinemos los defectos que se notan por el comprador, Sr. Galindez, en los títulos de la finca vendida.

Tales defectos segun la demanda de f. 7, consisten en que habiendo vendido en 22 de Octubre de 1852, D<sup>a</sup> Ana Uriarte de García y D<sup>a</sup> Lucía, D. José María, D. Pedro y D<sup>a</sup> Cármen García, la finca en cuestion á D. Patricio Linch, titulándose la primera viuda, y los demas, hijos de D. Miguel García, la escritura no contiene la declaracion judicial de ser realmente tales herederos, ni se refiere á particion ó testamento alguno que acredite este hecho, cuya prueba descansa solo, por tanto, en la afirmacion de los mismos otorgantes.

Otro tanto sucede con la referencia que hace dicha escritura de que el precitado D. Miguel Garcia heredó á su vez la finca de que se trata, de su señora madre D<sup>a</sup> Maria Eusebia Martinez.

Respecto de ésta señora observa la sentencia apelada que bien pudo tener coherederos ; mas esa observacion es inconducente, constando como consta que ella la hubo, no por





herencia, sino á título particular, por compra que hizo en 1798 á D. Manuel de Michilena : de suerte que aunque efectivamente la señora Martínez hubiese tenido hermanos ó coherederos, ni éstos, ni sus sucesores hubieran podido reclamar derecho alguno en la indicada finca.

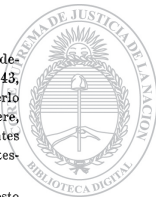
Sobre la falta de declaracion de herederos respecto á los hijos de D. Miguel García, se ha observado que las escrituras de la época en que ellos hicieron la venta al finado don Patricio Linch, no contienen semejante declaracion; lo cual se pretende esplicar por el poco valor de las fincas en ese tiempo, que en cierto modo dispensaba del rigorismo de las formas.

En concepto del Fiscal, la verdadera explicacion de aquella práctica debe buscarse y se encuentra en el Derecho especial establecido para la América Española, conforme al cual la posesion hereditaria de los bienes entre ascendientes y descendientes legítimos, se trasmitia *ipso jure*, sin necesidad por parte de los herederos, para poder disponer de dichos bienes, de intervencion judicial, ni de declaracion alguna.

Este mismo Derecho es el que ahora nos rige : y tampoco en la actualidad, los ascendientes y descendientes legítimos para entrar en posesion de los bienes hereditarios y disponer libremente de ellos, siendo todos mayores de edad, necesitan la intervencion del Juez : ni declaracion alguna judicial, en razon de que la ley reputando notorio el vínculo de sangre, que une á tales personas, no exige el que se compruebe previamente.

« Cuando la sucesion, dice el art. 3410 del Código Civil, tiene lugar entre ascendientes y descendientes, el heredero entra en posesion de la herencia, desde el dia de la muerte del autor de la sucesion, sin ninguna formalidad ó intervencion de los Jueces, aunque ignorase la apertura de la sucesion y su llamamiento á la herencia. »

El Dr. Velez, recordando los antecedentes mencionados á cerca del Derecho de Indias que nos ha regido, por virtud



del cual, los Jueces, falleciendo intestada una persona, debían apoderarse inmediatamente de sus bienes, cita la ley 43, tít. 32, lib. 2°, que les prevenía se abstuviesen de hacerlo cuando «el difunto dejase en la provincia donde falleciere, notoriamente hijos ó descendientes legítimos, ó ascendientes por falta de ellos, tan conocidos que no se dude del parentesco por descendencia ó ascendencia.»

Tal es, Exmo. Señor, la verdadera explicación del supuesto defecto notado en los títulos de que se trata, en los cuales sin embargo de aludirse á diversas herencias entre padres é hijos legítimos, no se contiene la declaración de herederos, que hoy mismo no podría considerarse necesaria, aunque ciertamente, no dejaría por esto de ser útil.

Además, los títulos de que se trata, siendo incuestionablemente válidos y legales, comprueban también por sí solos el tiempo de posesión necesario para la prescripción: y en este supuesto nada más podría exigirse; antes bien, deben considerarse suficientes.

Es bien sabido, Exmo. Señor, en Jurisprudencia, que una de las cosas más difíciles de acreditar, es el dominio, derivándose de aquí las grandes ventajas de la posesión, que lo hace presumir en favor del poseedor, y lo exime por tanto de la necesidad de acreditarlo.

Los Jurisconsultos Romanos lo comprendieron bien é introdujeron por esto, en vista de esa dificultad, la acción Publiciana, fundada solamente en que el individuo desposeído, estando asistido de título y de buena fé, se encontraba en condiciones de prescribir.

Para probar el dominio no basta por cierto exhibir un título válido y en sí mismo translativo de la propiedad, si no se acredita al mismo tiempo, que aquel de quien procede, era el verdadero dueño de la cosa.

Ni bastaría tampoco el que éste á su vez presentase otro título semejante, si no demostraba además haberlo obtenido del verdadero dueño.



No hay pues, ni se conoce en Jurisprudencia, otra manera de acreditar el dominio, que la exhibicion de uno ó mas títulos válidos y legales, que demuestren la posesion de la cosa, por todo el tiempo necesario para la prescripcion.

Ahora bien, tal sucede indudablemente en el caso de que se trata y con relacion á la finca expresada, en el título de compra que exhibe la testamentaria de Linch, hecha en 22 de Octubre de 1852, á la esposa é hijos legítimos de D. Miguel García ; porque siendo en sí mismo válido y legítimo, acredita al propio tiempo posesion de mas treinta años, espacio mas que suficiente, para prescribir contra cualquiera.

El Juez *á quo* se equivoca pues, suponiendo lo contrario, y pretendiendo demostrarlo con la observacion de que el mencionado D. Miguel García, bien pudo tener coherederos, menores de edad ó incapaces sujetos á curatela, contra los cuales, segun el art. 3966 del Código Civil, no corre la prescripcion.

No ha reparado que tratándose de una prescripcion empezada antes de comenzar á regir el nuevo Código, en conformidad á la declaracion contenida en el art. 4051 del mismo, está sujeta á las leyes anteriores.

Ahora bien, tanto por el Derecho Romano como por el de Partidas, que casi siempre lo sigue, aunque la prescripcion ordinaria de diez ó veinte años, no corria efectivamente contra los menores é incapaces, á ménos que hubiese empezado contra sus causantes, en cuyo caso solo se les acordaba restitucion *in integrum*, durante cuatro años, despues de llegar á la mayor edad, no sucedia lo mismo con las prescripciones extraordinarias de treinta ó mas años, segun se declara en la ley 9, tít. 19, Part. 6ª.

El Asesor de Menores en la vista que precede, observa que en la escritura de venta en cuestion, á favor del finado don Patricio Linch, figura como heredera de D. Miguel García, junto con sus hijos, la viuda Dª Ana Uriarte de García, lo cual considera tanto mas inverosímil, cuanto que por la an-



tigua Legislacion, la viuda no heredaba *ab intestato* á su marido, como sucede por la nueva.

Esta observacion es inexacta, porque no es cierto que en dicha escritura la viuda de García, D<sup>a</sup> Ana Uriarte, se titule heredera de su marido ; y solamente se expresa que hace la venta en comun con sus hijos, herederos de dicho su marido ; y esto admite ciertamente fácil explicacion.

Aunque se suponga que la viuda nada debiera pretender en el haber del marido, por razon de la cuarta marital, que el Derecho antiguo acordaba á la viuda pobre, dicha señora habria tenido dote quizá, ó algun otro reclamo que hacer, por razon de gananciales ó de bienes parafernales, en virtud del cual pudiera oponerse á la venta de la finca ó pretender parte de su valor ; y por esta razon haber intervenido en la venta para obviar toda dificultad.

A este respecto debe tenerse presente que el carácter de comunero se acredita legalmente, en una persona, por el reconocimiento que le hagan los demas, siendo capaces y mayores de edad.

Puesto que en la venta de que se trata intervinieron todos los hijos legítimos de García, y éstos eran mayores de edad, inútil seria desde luego, tratar de averiguar qué parte correspondia á cada uno de ellos, como tambien si en realidad, la viuda era ó no comunera, porque lo que á ella no le correspondiese, habria correspondido á dichos sus hijos.

El Asesor observa tambien que mal puede obligarse á Galindez, á aceptar títulos, que solo acreditan treinta años de posesion, cuando no los admitiria el Banco Hipotecario, el cual requiere que se le compruebe posesion de cuarenta años cuando menos.

Las disposiciones contenidas en el reglamento del Banco solo sirven de instrucciones á sus Directores en la conducta que deben observar, y cuando más, podrán regir en las relaciones de ese Establecimiento con las personas que contratan con él ; pero de ninguna suerte pueden reglar tambien,



pues no son leyes generales, los derechos y obligaciones civiles, de personas estrañas que contratan entre sí.

Indudablemente, el Reglamento del Banco Hipotecario, que por cierto contiene muchas especialidades, está ajustado á la antigua Legislacion que reconocía prescripciones de cuarenta años como la del Fisco, y aun de cien, como la de los bienes de la Iglesia de Roma ; pero en realidad tales prescripciones no subsisten, habiendo sido suprimidas en el nuevo Código.

Observa en fin, que por virtud de lo prescripto en el art. 312 de la Ley Orgánica de los Tribunales de la Capital, debe considerarse vigente todavía la ley provincial de 29 de Julio de 1867, que requería cuarenta años de posesion para poder prescribir contra el Fisco.

Esta suposicion es evidentemente equivocada, pues el precitado art. 312 de la Ley Orgánica, solo conservó vigentes en la Capital, las leyes de Procedimientos de la provincia de Buenos Aires ; no pudiendo considerarse tal, en manera alguna, la que determinaba el tiempo de posesion necesario para prescribir contra el Fisco.

La espresada ley provincial de 29 de Julio de 1867, acorde con las leyes generales que nos han regido antes, en cuanto requería cuarenta años de posesion en la prescripcion Fiscal, vino á quedar derogada en 1<sup>o</sup> de Enero de 1871, en que empezó á regir el Código Civil vigente.

En efecto, el art. 3951, somete espresamente al Estado General ó provincial y á todas las personas jurídicas, en cuanto á sus bienes ó derechos susceptibles de propiedad privada, á las mismas prescripciones que á los particulares, contra los cuales, como es sabido, se prescribe el dominio, por diez años entre presentes.

Es verdad que segun se ha observado, la prescripcion respecto á la finca de que se trata ; habiendo empezado antes de la vigencia del nuevo Código, se hallaría regida por la antigua Legislacion.

Sin embargo, el art. 4051, previene que si las leyes ante-



riosos requiriesen para la prescripcion, mayor tiempo que el que fijan las nuevas, aquella quedará cumplida desde que haya pasado el tiempo designado por éstas, contando desde el día en que empezó á regir el nuevo Código.

Como, segun hemos visto, éste ha equiparado absolutamente la prescripcion Fiscal á la de los particulares, que no requiere entre presentes, sino diez años de posesion, la prescripcion de que se trata, aunque tuviera lugar contra el Fisco, al presente debería considerarse cumplida, desde que han transcurrido más de diez años, despues de haber empezado á regir el nuevo Código Civil.

En fin, el Fiscal reputa tambien desarreglada la resolucion apelada, aun en el supuesto de que el título de la finca vendida adoleciera de defectos legales, en cuanto ordena á la testamentaria de Linch, de un modo absoluto, subsanarlos en el término de quince dias, no obstante haber declarado aquella, que ésto le seria de todo punto imposible.

Propiamente hablando, la obligacion del vendedor consiste en entregar la posesion de la cosa, libre de toda oposicion. Por excepcion permite sin embargo el Código Civil al comprador que recela fundadamente algun peligro de reclamacion, retener el precio mientras no se le garanta su valor; y la ley de Procedimientos observar los defectos del título que no conocía, para que se subsanen por quien corresponde, so pena de rescision de la compra.

En el caso presente pues, constando de antemano la imposibilidad de subsanarse los defectos observados por el Sr. Galindez en los títulos de la finca comprada á la testamentaria de Linch, la resolucion legal de ningun modo podia ser el que ésta, á pesar de todo, los subsanase reteniendo el comprador entre tanto indefinidamente el precio: sino más bien que dicho comprador aceptase el contrato, con los títulos tales como se encuentran, ó bien aquel se diera por rescindido.

Lo contrario, sin poderse fundar en principios de Derecho, ni en disposicion alguna legal, viene á colocar á di-



cha testamentaria en una situacion escepcional y perjudicialisima, en que ni podrá jamás percibir el precio de la venta hecha al Sr. Galindez, ni disponer de otra manera tampoco de la finca.

Por las consideraciones espuestas, el Fiscal opina pues, que la resolucion apelada es irregular, agravia los derechos de la testamentaria, y en justicia debe revocarse.

Buenos Aires, Setiembre 11 de 1884



## VISTA XI

### SUCESION DE LOS CÓNYUGES

#### SUMARIO :

Antecedentes del asunto—Discusion en primera instancia—Resolucion—Exámen de la misma—Indicacion de los puntos de que dependeria el acierto—Eficacia de la cosa juzgada—Impide el ingreso de nuevo litis sobre lo ya resuelto—Anula cualquier sentencia contraria—Casos de excepcion en que puede rescindirse—Si por la Legislacion Española procedia la prescripcion de cosa comun ó de herencia indivisa—¿A quién pertenecia la finca comprada por el marido con dinero de la muger?—¿Si procedia la prescripcion contra el Fisco? y condiciones que requerian—¿A quién correspondia la sucesion intestada no habiendo parientes, si á la muger ó al Fisco?—Derecho del Fuero Juzgo que llamaba á los parientes hasta el séptimo grado y á la viuda antes que al Fisco—El Código de las Partidas extendió el derecho de los colaterales hasta el décimo grado—¿Si esta disposicion fué derogada ó corregida por las leyes de la Reconpilacion?—Estas solo hablan del cuarto grado de parentesco; y no mencionan á la muger—Dificultad de la materia y argumentos en favor y en contra—Diversidad de dictámenes en los autores—La negativa es la opinion mas comun en la indicada cuestion—Derecho novísimo en España y en la República.

*Exma. Cámara:—*Don Carlos Bernard, albacea de Victoria Rodriguez, fallecida en esta capital el 20 de Junio de 1877, presentó al año siguiente el testamento que ésta tenia otorgado en escritura pública, á 10 de Noviembre de 1876, ante el Escribano D. Angel Julio Blanco, en el cual declaraba haber sido casada con Antonio Vazquez, muerto en 1840,





sin que tuviesen sucesion, ni dejaran uno y otro parientes conocidos : ser dueña de una casa situada en la calle de Estados Unidos, N° 580 ; y que establecia por sus herederos á Maria y Jorge Rosas, menor de edad, de quien nombraba tutor al expresado Bernard : constituyéndolo tambien su albacea.

Este, previo el discernimiento del cargo de tutor, exponiendo que la coheredera de su pupilo habia fallecido en vida de la testadora, por cuya razon el derecho de aquella debia acrecer al del menor, solicitó se declarase á Jorge Rosas único y universal heredero de dicha finada Victoria Rodriguez, y en consecuencia exclusivo dueño de la casa, como se verificó por auto de fojas 25, fecha 20 de Julio de 1878, con asentimiento del Agente Fiscal y del representante del Consejo de Educacion : el cual procedió en seguida á hacer liquidar y cobrar el impuesto del diez por ciento sobre las herencias transversales, deduciéndolo del valor total de la casa.

Posteriormente, con motivo de ser necesario hipotecarla al Banco de la Provincia, hubieron de examinarse los títulos: y resultando haber sido adquirida por el marido de Victoria Rodriguez, Antonio Vazquez, durante el matrimonio, y que la misma finada, en escritura hipotecaria otorgada en 19 de Agosto de 1867 á favor de D. Sebastian Lezica, declaraba ser ganancial, el tutor para garantir mejor la propiedad del menor Rosas, juzgó indispensable solicitar como lo hizo, la declaracion judicial de que la causante de aquel, habia sido heredera *ab intestato* de su marido, que no tenia parientes conocidos.

Aquí empezó el pleito : pues aunque era cierto que Vazquez no habia hecho testamento ni dejado parientes de ninguna clase, y publicados edictos, llamándose á los que se considerasen con derecho á sus bienes, nadie se presentó, el Fiscal opinó : que á la época en que se habia abierto la sucesion, por la Legislacion que entonces regia, ningun derecho asistia á la muger para heredar *ab intestato* al marido, y por



consiguiente la herencia de Vazquez declarándose vacante, debía adjudicarse al Fisco, que entonces resultaría comunero con Rosas en la expresada casa.

En vano el tutor, sosteniendo los derechos de su pupilo, justificó que dicha casa, aunque adquirida durante el matrimonio, habia sido comprada por Vazquez con dinero de su muger, la enunciada Victoria Rodriguez, por cuya circunstancia debia pertenecer á ésta ; y alegó en subsidio la prescripción mediante la cual, en todo caso Rosas la habria hecho suya, en razon de haberla poseído él y su causante mas de cuarenta años tranquilamente ; desde el fallecimiento del marido de ésta, ocurrido en 1840, hasta entonces ( 1884 ) en que se pretendia desconocer su derecho.

No obstante que el Fiscal concluyó por reconocer haberse consumado la prescripción en favor del menor, oponiéndose el representante del Consejo de Educacion, que contra los fundamentos aducidos por éste, observaba que la circunstancia de haber sido adquirida la casa por Vazquez con dinero de su muger, no constaba de la misma escritura de compra, segun lo requiere el art. 1246 del Código Civil; y que la prescripción de la cosa comun ó de herencia indivisa por alguno de los compartes, no procedia en conformidad á la ley 5ª, tit. 15, lib. IV, R. C., que la prohibia, el Juez resolvió en definitiva, que la herencia de Vazquez era vacante y que correspondia al Fisco ; y acordándole implícitamente la posesion mancomunada de la casa en cuestion, ordenó al menor deducir contra éste el derecho con que se considerase á la propiedad exclusiva.

Tal es, Exmá. Cámara, la sentencia que ha recaído sobre el asunto, en primera Instancia y de la cual se ha apelado : el acierto pues, en la resolucion que V. E. debe pronunciar, en el recurso que se le ha traído, depende á juicio del Fiscal, de la decision que haya de darse acerca de los puntos siguientes :

1º ¿ Han podido volver el Ministerio Público ó el representante del Consejo de Educacion sobre lo ya resuelto, y el



Juez *á quo* revocar el auto que declaró pertenecer exclusivamente, la finca en cuestion á la testamentaria de Victoria Rodriguez, y consiguientemente á su heredero, el menor Jorge Rosas ?

2º ¿ Procedia en este caso legalmente la prescripcion, en el supuesto de haber sido ganancial comun, sin corresponder á la viuda la herencia de Vazquez ; y se habria consumado aquella contra el Fisco, á favor de dicho menor por el tiempo que éste y su causante han poseido ?

3º ¿ Es cosa bien averiguada é indudable, el que por la Legislacion Española que regia á la época de nuestra emancipacion Política, y que ha continuado en vigencia hasta la publicacion del Código Civil, la muger hubiese perdido todo derecho hereditario en los bienes del marido fallecido *intestado* ; y que por tanto, á falta de parientes, aquellos correspondiesen con preferencia al Fisco ? — Vamos á verlo, analizando sucesivamente estos diversos puntos.

# I

Hay en los juicios dos clases muy distintas de resoluciones : las unas que el Juez va pronunciando incidentalmente durante la tramitacion del asunto, sobre las disputas que se suscitan, y se llaman interlocutorias ; las otras que resolviendo la cuestion principal, terminan de todo punto el negocio.

No siendo otro el objeto de aquellas, que hacer posible ó facilitar la tramitacion, removiendo los obstáculos que obstarian á su progreso, el Juez puede reformarlas ó revocarlas por contrario imperio ; ó á peticion de parte, deducida en tiempo oportuno, ó de oficio, siempre que comprenda haberse equivocado.

No sucede lo mismo en las definitivas que por su naturaleza deben poner fin al pleito, y dejarlo terminado de todo punto : una vez que el Juez las pronuncia, no puede revisarlas, corregirlas, ni enmendarlas, haya juzgado bien ó mal ; pues su oficio ha terminado ; y consiguientemente su juris-



dicción ha espirado.—Ley 19, tit. 22, P. 3ª—Art. 222 de la ley de Procedimientos.

Hay para esto una poderosa consideración de utilidad pública, cual es la de que en el orden social, los derechos no deben ser inciertos, cual sucedería perpétuamente, si á pesar de haber recaído sobre ellos resolución judicial, sin deducirse en su contra los recursos legales, ésta en cualquier tiempo y por cualquier causa estuviese sujeta á revisión.

Segun se ha referido, el albacea de la finada Victoria Rodríguez y tutor del menor Jorge Rosas, habiendo promovido el juicio testamentario, previos los trámites correspondientes del mismo, obtuvo resolución por la cual se declaró pertenecer la casa en cuestión á la testamentaria de dicha finada, y corresponder en consecuencia su propiedad, exclusivamente al expresado menor.

Esta resolución que ciertamente era definitiva, aparece además, haberse dictado con el consentimiento del Agente Fiscal y del representante del Consejo de Educación, que por lo mismo, lejos de interponer contra ella recurso alguno en tiempo y forma, la aceptaron expresamente, procediendo éste en seguida á hacer la liquidación y cobrar el impuesto de herencia transversal sobre el monto total de la finca, deducidos solamente los gastos judiciales.

Quedó así establecido de comun consentimiento de partes y por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que el menor Jorge Rosas era dueño esclusivo de la casa en cuestión; y como nadie debe ser oído en juicio viniendo contra sus propios actos, mucho menos obstando la cosa juzgada, cuya eficacia en el lenguaje de las Partidas es maravillosa, y tal en el sentir de los Jurisconsultos, que convierte á la vez lo negro en blanco, esto siendo estrictamente aplicable en el caso presente, obstaría á la reclamación indicada.

Tenemos pues como consecuencia ineludible que hoy no le es lícito ya al Fisco, ni al Consejo de Educación disputarle á dicho menor la propiedad de la enunciada finca, en todo ni en parte, después de haberlo reconocido por dueño exclu-



sivo de ella, y conformándose con la sentencia que así lo declaraba.—Ley 19, tit. 22, Part. 3ª.

Es cierto que el Fisco á ejemplo de los menores, gozaba hasta hace poco del beneficio de restitucion *in integrum*, por virtud del cual, toda vez que resultase perjudicado en algun negocio por descuido de sus administradores ó defensores, podia pretender que dándose por nulo el acto que le hubiese perjudicado, se repusieran las cosas al estado que antes tenian : mas este odioso privilegio ha sido suprimido en el Código Civil que nos rige, y de consiguiente no subsiste.—Ley 10, tit. 19, Part. 6ª—Art. 59 del Código Civil.

Tambien es cierto que, á veces el descubrimiento de la verdad puede hacer romper el sello de la cosa juzgada, para discutirse nuevamente el asunto y volverse sobre lo resuelto; como sucederia si se averiguase que el Juez fué inducido en error por dolo ó mediando documentos falsos, tenidos por auténticos : mas en el caso presente nada de esto ha sucedido : y el simple descubrimiento de nuevos documentos capaces de hacer variar el aspecto de la cuestion, que es lo que en realidad ocurre, no basta á rescindir una sentencia ejecutoriada.—Ley 4, tit. 52, lib. 7º, del Código—19, título 22, Part. 3ª : *Magüer mostrasen despues cartas ó privilegios que oviesen fallado de nuevo.*

Tenemos igualmente que el Juez á quo despues de haber resuelto de un modo positivo y de conformidad con el Agente Fiscal y el representante del Consejo, que dicha casa correpondia en su totalidad á la testamentaria de Victoria Rodriguez, perteneciendo hoy por tanto, exclusivamente al menor Rosas su heredero, quien se encontraba ya en posesion de ella, no ha podido ordenarle ahora que sobre ésto demandase al Fisco ; pues eso importa desposeerlo y revocar en parte la referida resolucion.

El Fisco será ó no será heredero *ab intestato* del finado Antonio Vazquez ; pero por sentencia definitiva pronunciada en el juicio de testamentaria de Victoria Rodriguez, con citacion, audiencia y consentimiento de su legitimo represen-



tante : sentencia sobre la cual no puede ya volverse, esta resuelto que dicha casa en su totalidad, pertenece á la mencionada testamentaria y de consiguiente á su heredero reconocido.

En todo caso, si el Fisco, que hoy no goza á este respecto, de ningun privilegio, ni el de restitution, se considerase con algun derecho para reclamar parte de la casa en cuestion, la que no posée y se encuentra poseida por otro exclusivamente desde cuarenta años, seria él quien debiera demandar; pues en las acciones reales demanda el que no posée contra el poseedor ; siendo por tanto completamente irregular que se ordene á éste interponer demanda contra aquel. —Ley 2ª, tít. 3º, Part. 3ª—C. C. art. 2758.

Para proceder el Juez *á quo* en sentido contrario de los principios que dejamos expuestos, y volver sobre una cuestion ya resuelta definitivamente, alega dos cosas:—1ª Que no correspondia á la naturaleza del juicio sucesorio resolverse sobre la propiedad de la casa en cuestion ; 2ª Que semejante declaracion nunca podria perjudicar á terceros.

En un juicio testamentario, bajo diversos respectos, puede á la vez venir cuestion ó tratarse sobre la posesion y aun sobre la propiedad de las cosas que se suponen pertenecientes á la herencia : ó para saberse si se han de inventariar ó no, cuando haya quien se oponga ; ó porque despues de haber sido comprendidas en el inventario, alguien las reclame pretendiendo separarlas.

Entre los mismos herederos algunos deducen á veces, reclamos sobre cosas determinadas, sosteniendo corresponderles por títulos especiales ; y tales cuestiones afectando al juicio testamentario que es universal; y pudiendo imposibilitar la division, tienen que ser resueltas por el Juez que entiende en aquel ; siendo indudable que en casos semejantes el reconocimiento de dominio á favor de la testamentaria, de parte del que disputaba, ó hubiese podido cuestionar la propiedad, seria de todo punto válido, obligatorio é irrevocable.



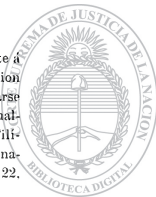


¿ Por qué no lo sería entonces en el caso presente el del Ministerio Público y del representante el Consejo de Educación ? Que la resolución que acerca de la propiedad de un objeto recaiga en el juicio testamentario, no deba perjudicar á *terceros*, según se declara en la sentencia apelada, es cosa cierta é indudable ; pues así sucedería también en todo juicio de cualquier especie que fuera.

Pero ¿ con qué propiedad puede en este caso denominarse *terceros* á los mismos que interviniendo en el juicio sucesorio de la finada Victoria Rodríguez, reconocieron en su heredero el dominio esclusivo de la casa en cuestión ? A efecto de que una resolución no le perjudique legalmente, se llama *tercero* á toda persona distinta y estraña á las partes que han litigado. ¿ Cuáles eran pues las partes en el mencionado juicio ? ¿ No lo fueron acaso, el menor, heredero de un lado, y del otro, el Agente Fiscal y el representante del Consejo ? ¿ Y no son éstos, los mismos que ahora cuestionan al mismo menor, una parte de la misma casa que antes le reconocieron por suya ?

Ellos, de consiguiente, de ninguna manera pueden denominarse *terceros* existiendo identidad de personas entre las que figuran en el juicio actual y las que verificaron el expresado reconocimiento, consintiendo además, la resolución judicial que declaraba la propiedad esclusiva del menor Jorge Rosas, cuando á corresponder la casa en cuestión, en todo ó en parte á la herencia vacante de Vazquez, eran también ellos los encargados de reclamarla.

Hay muchos casos en el Derecho, en que según está resuelto, la sentencia puede aprovechar ó perjudicar á personas que sin embargo de tener interés en el asunto, no hayan sido citadas, ni intervenido en el juicio en que se ventila, como sucede cuando dicho interés se considera indirecto ó secundario, y el derecho de esas personas deriva ó depende absolutamente del que correspondía al que ha sido vencido; pero no hay, ni puede haber caso alguno, en que la sentencia siendo válida y no habiendo sido recurrida ; ó confirmándose, en la



suposicion de haberlo sido, no perjudique perpetuamente á los que intervinieron en el juicio, respecto á la declaracion en aquella contenida, que de otro modo vendria á anularse por sí misma, cuando al contrario es ella la que anula cualquier resolucion ulterior en sentido opuesto.—Curia Filípica, Part. 3<sup>a</sup>, § 18, *sentencia*, N° 11—Cañada, «Juicio Ordinario», Part. 1<sup>a</sup>, cap. 12, N° 37, y siguientes.—Ley 19, tit. 22, Part. 3<sup>a</sup>.

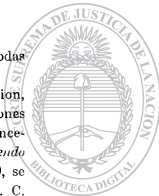
Demos que efectivamente la solicitud del tutor en el juicio de sucesion de Victoria Rodriguez, para que el menor su pupilo fuese declarado dueño esclusivo de la casa calle de Estados Unidos N° 580, fuese irregular, por no ser propia esa declaracion de la naturaleza del espresado juicio; puesto que el Agente Fiscal no la observó, no por eso resultaria nula la espresada resolucion, que por otra parte fué aceptada de un modo espreso.

La omision de las ritualidades ó la transgresion de las formas establecidas en los juicios, solo puede viciarlos y afectar la validez de la resolucion, cuando hubiesen sido reclamadas oportunamente por la parte á quien pudiesen perjudicar.—Curia Filípica, Part. 1<sup>a</sup>, § 8<sup>o</sup>, *juicio*, N° 20—ley 10, tit. 17, lib. 4<sup>o</sup>, R. C.—Art. 240 de ley de Procedimientos. De lo contrario, se consideran subsanadas por el consentimiento de las partes.

## II

En lo que concierne á la prescripcion, es indudable que muerto Vazquez el año cuarenta, sin hijos ni parientes de ninguna clase, su muger Victoria Rodriguez quedó en quieta y pacífica posesion de la casa disputada, en la cual se conservó hasta su fallecimiento, trasmitiéndola entonces al heredero que nombró en su testamento, el indicado menor Rosas.

Por la cláusula cuarta de dicho testamento, declaraba ser dueña de la casa, y es evidente que tal se consideró siempre, al menos desde la muerte de su marido, arrendando y aun



hipotecando aquella finca, y disponiendo de ella en todas circunstancias con entera libertad.

Con arreglo á los principios de la antigua Legislacion, que seria la que rigiera el caso, que nos ocupa, las acciones reales ó mixtas á cuya clase pertenecen las que se conceden para pedir la division de una cosa *communi dividendo* ó la particion de una herencia (*familie erscundae*), se prescribian por treinta años.—Ley 6ª, tit. 15, lib. 4ª, R. C.

No tiene importancia en el caso presente la objecion deducida de la ley quinta anterior, contra la prescripcion invocada subsidiariamente por el tutor del menor Rosas, por cuanto aquella ley declaraba improcedente la prescripcion de cosa comun, ó de herencia indivisa, aunque hubiese sido retenida por uno solo de los interesados.

La razon de esta disposicion consiste en que, aun cuando hubiese sido uno solo el tenedor de la cosa, la habria poseido á nombre de todos; y por consiguiente la disposicion no puede tener aplicacion, al caso en que hubiese sucedido lo contrario, es decir, en que el tenedor de la cosa la hubiese poseido como dueño esclusivo, á nombre propio, pues entonces la accion de los compartes para exigir la division, se halla sujeta á prescripcion, y caduca sin duda si no la deducen en oportunidad.—C. C., arts. 3460 y 4020.

Es verdad que en el caso *sub judice*, si la herencia de Vasquez debiera considerarse vacante, habiendo venido á ser comunero el Fisco en la casa de que se trata, tal circunstancia dificultaria sin duda alguna la prescripcion, pues ésta exigiria mayor tiempo de posesion, mas no la impediría sin embargo, de todo punto.

Las cosas fiscales aunque no estaban sujetas á la prescripcion ordinaria, podian adquirirse por la extraordinaria de cuarenta años. (Ley 14, tit. 12, lib. 4ª, R. Ind.,) que segun se deduce de las fechas á que se ha hecho referencia, se habrian ya cumplido, cuando por primera vez llegó á ponerse en duda el derecho esclusivo del menor Rosas en la indicada casa.



No puede objetarse la falta de título en la viuda Victoria Rodríguez para retener y poseer la finca en el concepto de dueña, pues en esta clase de prescripciones de largo tiempo, como en las demas, no se requiere título verdadero, ni á diferencia de estas, se exige tampoco colorado, pues la ley misma presume que ha mediado un título, cuando alguien reputándose dueño, ha poseído tranquilamente tantos años.— Álvarez, Instituciones, N° 453 y siguientes.

El tutor ha alegado también y justificado con suficiente número de testigos no tachados, título verdadero, probando que la casa en cuestion fué comprada por Vazquez con dinero de su esposa, á la cual fué donado particularmente, y de que ella le hizo entrega á este efecto, (dotal), pues entonces, aunque hubiese sido adquirida la finca por el marido en su propio nombre, la ley concedía á la muger la propiedad.— 49, tit. 5°, P. 5°.

Como se ha expresado, en ninguna especie de prescripcion se requiere título verdadero, antes bien este sería incompatible con ella; pues un título semejante, produciendo inmediatamente el dominio, excluiría la necesidad y aun la posibilidad de adquirir la cosa por otro modo, como por el de una larga posesion C. C. art. 2509; mas, aunque ello sea así, en realidad, supuesto el expresado título en el caso presente, se vendría á parar al mismo resultado, de haber de reconocerse en Rosas la propiedad exclusiva de la casa.

No se opone á que en realidad ésta hubiese pertenecido exclusivamente á la finada Victoria Rodríguez, por haber sido comprada con su dinero, el que tratando de hipotecarla á favor de D. Sebastian Lezica, declarase por escritura pública otorgada en 19 de Agosto de 1867, que le correspondía como bien ganancial adquirido durante la sociedad conyugal con su finado esposo el mencionado Antonio Vazquez; suponiendo ciertamente, aunque de un modo tácito, haber sucedido á dicho su esposo muerto sin otros herederos, en la parte que le hubiera tocado.

Como la adquisicion por Vazquez de la casa en la forma



indicada, es decir, con dinero de su muger, no constaba de la escritura, la viuda, tratando de satisfacer al prestamista, no podia alegar este hecho, sin acreditarlo, segun lo ha verificado ahora su heredero; y prefirió por esto sin duda, invocar otros hechos, notorios y bien conocidos para aquél, cuales eran, haber sido comprada la finca subsistiendo el matrimonio, y haber fallecido despues Vazquez sin parientes ni herederos.

Esa declaracion pues, aunque se la quiera clasificar de reconocimiento, no tiene conexion alguna con la presente cuestion, ni debe influir en su resolucion.

El reconocimiento es un contrato, y en calidad de tal solo aprovecha y puede ser invocado por aquel en cuyo favor es hecho ó quienes lo representen (art. 1199, C. C.), y para los efectos que se tuvieron en vista; debiendo recibir estricta interpretacion.

Por lo demas, como las formas y la prueba, así de los contratos cuanto de los otros actos jurídicos en general, se hallan sujetas á las disposiciones legales de la época en que estos pasaron, infundadamente se ha objetado el que no aparece de la escritura de compra, que ésta se hiciera con dinero de la muger de Vazquez, segun lo prescribe actualmente el artículo 1246 del Código Civil, pues en aquella época ninguna ley lo requería, ni excluía la prueba por otros medios.

### III

Llegamos ahora al punto principal en la cuestion, así por su importancia, como por la íntima conexion que con ella tiene: si por la Legislacion Española que regia en el país, á la época de la Independencia, y que ha continuado en vigor entre nosotros hasta la publicacion del Código Civil, la muger heredaba ó nó con preferencia al Fisco, á su marido, muerto *intestado*, sin parientes en línea recta ó colateral.

El Juez *á quo* en la sentencia apelada, resuelve esta cues-



tion en sentido negativo: segun lo habian sostenido el Agente Fiscal que en su vista de fojas 142, opinaba que: « Victoria Rodriguez no era heredera de Antonio Vazquez, pues en la época en que tuvo lugar el fallecimiento de éste, la ley no defería la herencia al cónyuge superstite, » y el representante del Consejo de Educacion el cual avanzaba hasta sostener que el punto era *incontrovertible*.

Lejos de ser esto así, Exma. Cámara, apenas podria proponerse una cuestion mas oscura en la Legislacion Española, pues la materia se encuentra completamente enmarañada y erizada de tales dificultades, que hasta ahora ninguno de los muchos autores que la han discutido, ha logrado resolverla de un modo satisfactorio, produciéndose diversidad de opiniones que ni siquiera han sido consistentes, pues han variado de continuo.

1º Así, Goyena en su proyecto de Código Civil, Apéndice N° 10, tom. 2º, páj. 361, exponiendo las disposiciones de la materia, si bien se persuade que en algunas de las contenidas en la Recopilacion se supone corregido el Derecho de Partidas y restringido al cuarto grado el de los parientes colaterales á la sucesion *ab intestato*, reconoce que en ninguna parte aparece, ni se encuentra la ley que introdujese tal reforma.

Aunque Febrero habia opinado en el mismo sentido, su reformador Tápia, en la edicion de Madrid de 1845, tom. 2º, páj. 82, N° 12, enseña que el Derecho de Partidas que extendia la indicada sucesion al décimo grado, no ha sido variado en España, hasta la publicacion del decreto de 31 de Diciembre de 1829, que no rigió ya para nosotros.

D. Juan Sala, que en sus Pandectas Hispano-Americanas, habia opinado igualmente por la expresada reforma y restriccion del derecho de herencia intestada al cuarto grado de la línea colateral, en la Ilustracion al Derecho Real, tomo 1º, páj. 254, N° 11, reconoce: que examinado el asunto con escrupulosa atencion « no es seguro ese modo de pensar, » y como veremos luego, en el apéndice al Comentario de Vinnio sobre las Instituciones de Justiniano, lib. III, tit. V. « De la



sucesion de los cognados », enseña : que el espresado derecho termina en el décimo grado, siendo llamada en seguida, la muger con preferencia al Fisco.

En fin, aunque el Dr. Alvarez en sus Instituciones de Derecho Real, coincidiendo en opiniones con los anteriores, enseñaba la misma doctrina, entre nosotros lo ha corregido su adicionador el Dr. Velez Sarsfield : porque diciendo aquél que la muger habia perdido el derecho sucesorio, este anota, previniendo que esa doctrina « es muy dudosa » nota segunda de la páj. 323, al N° 711, art. 3°, tít. 1° al 14, lib. III.

No es pues sin grandísimo recelo de su insuficiencia, que el Fiscal se propone tratar detenidamente este punto ; no pudiendo prometerse en manera alguna, llegar á dilucidarlo completamente : y al resolverse á pesar de todo á emprender esa tarea, lo hace solo inspirado por su deber ; reflexionando que será siempre útil reunir y condensar en este escrito, los elementos que deben concurrir á la resolucion de la cuestion, para facilitar á V. E. su estudio.

2. Tomaremos pues, la indicada cuestion legal desde su origen: y esponiendo los antecedentes que con ella se relacionan, procuraremos coordinarlos, y esplicarlos en el sentido mas jurídico y razonable, para deducir al menos, por consecuencia de un prolijo y atento razonamiento, la doctrina ó la opinion que deba seguirse como la mas probable.

Sabe V. E. que entre los Romanos, despues que la muger, dejó de ser tenuta por hija de familia respecto al marido, cual fué considerada en los primeros tiempos, las leyes civiles ningun derecho le acordaban á su herencia; pero el Pretor, siguiendo constantemente los dictados de la equidad para corregir el rigor de aquellas, vino por fin á reconocerle el derecho de heredar « ab intestato » al marido, á falta de parientes á quienes ese derecho correspondiese.

Este principio debia pasar naturalmente ; y se trasmitió en efecto á la Legislacion Española, y así lo encontramos ya establecido desde el primer Código.



La ley II, tit. 2º, lib. 4º, del Fuero Juzgo, disponia que la sucesion intestada en defecto de ascendientes y descendientes, correspondiese á los parientes colaterales hasta el séptimo grado y á la falta de éstos, á la viuda; disposicion que ratificó mas tarde la ley 6ª, tit. 13, Part. 6ª, haciendo extensivo sin embargo, el derecho sucesorio de los parientes, hasta el décimo grado.

Este sistema rigió en España, mucho tiempo, siglos enteros; mas empezó despues á suscitar dudas, y dificultades en la materia una ley de los RR. Católicos expedida en 1501, (8ª, tit. 9º, lib. 1º, R. C.), en la cual se previene que ciertas Ordenes Religiosas, que alegando privilegios, pretendian deducir el quinto de toda sucesion intestada, nada pudiesen exigir mientras existiesen parientes colaterales del finado, dentro del « cuarto grado ».

Por mas estraño que parezca, esta disposicion fué entendida contra su claro tenor literal, en el sentido de que ella venia á restrinjir el derecho sucesorio de los parientes, que antes alcanzaba hasta el décimo grado, al cuarto solamente; y á suprimir ademas en la viuda el derecho de heredar á su marido; porque si no podia ejercerlo, sino despues de los parientes del décimo grado, y éstos ningun derecho conservaban ya, mucho menos podia conservarlo la muger.

Sin embargo, es en extremo torcida y violenta esta inteligencia de la citada ley, cuyo objeto en realidad fué muy diverso, como lo manifiesta su mismo epígrafe: « Que dejando los intestados, parientes dentro del cuarto grado, no lleven el quinto las órdenes de Trinidad, la Merced y Cruzada »; y el sumario que se hace de su contenido en el tom. 6º, páj. 286 de la Novísima Recopilacion: « Prohibicion de suceder en el quinto las Ordenes Redentoras, ni la Cruzada, habiendo parientes dentro del cuarto grado del intestado. »

Lo que la ley que nos ocupa se propuso, no fué evidentemente, restrinjir al cuarto grado el derecho de sucesion intestada en los parientes colaterales, sino el privilegio de que disfrutaban las Ordenes Religiosas ó instituciones Píadosas





que se expresan, para deducir en dicha sucesion el quinto de los bienes, limitándolo al caso de que el intestado no dejase parientes dentro del cuarto grado, y constituyendo así dos clases de herederos *ab intestato*; los unos, que recibían íntegramente la herencia, los otros, que debían soportar la deducción del quinto.

A mas de ser esta interpretacion sumamente clara, ella se encuentra apoyada en la autoridad de Gomez, que comentando la ley X de Toro, al N° 26, se expresa así :

« Adviértase que en el caso que algun Monasterio ú otra persona tuviese privilegio del Rey para pedir los bienes de los intentados, debe entenderse que los obtendrá *ab intestato*, cuando no existiendo sucesor legítimo, los bienes hubiesen de corresponder al Fisco ; pues en su lugar será que los obtenga el Monasterio ó dicha persona que posea aquel privilegio ; pero hoy dia, cuando á los tales se concede el privilegio de pretender el quinto de los bienes de los que mueren intestados, se entiende ; si no dejan descendientes ni colaterales legítimos hasta el cuarto grado. »

3. No es extraño el que á pesar de parecer este punto bien sencillo, el Fiscal se haya demorado en él, pues convenia sobremanera fijar con exactitud el sentido de la enunciada ley 3ª Recopilada, en razon de ser la disposicion capital de la materia, con la cual se relacionan teniendo en ella su explicacion las posteriores, que ciertamente complican y enmarañan dicha materia que vamos á continuar exponiendo.

Como en cierta época la autoridad Eclesiástica atraia á su jurisdiccion, por consecuencia del fuero especial de que disfrutaba, los asuntos en que tenían interés las Iglesias, los Monasterios y las Instituciones Píadosas ; y como segun hemos visto las Ordenes Redentoras y la Cruzada, por privilegio debían deducir el quinto de los bienes de los que falleciesen intestados, privilegio que últimamente se concretó al caso en que no quedasen parientes dentro del cuarto gra-



do, era natural, que se reconociese en favor de la autoridad Eclesiástica el derecho de conocer en tales asuntos.

Esto hizo en efecto el Emperador D. Carlos, por Real Cédula de 22 de Noviembre de 1552 (ley 9, tit. 10, lib. 1º, R. C.) ordenando que los tribunales ordinarios no se entrometiesen en causas de Hacienda de las Bulas y que reservasen á los Tesoreros y Factores de la Cruzada demandar los *ab intestato* de los que no dejasen herederos dentro del « cuarto grado ».

Los *ab intestato* de que se habla en esta ley, como correspondientes á la Cruzada, cuando no quedaban parientes dentro del cuarto grado, no eran otros, segun lo acabamos de ver por la ley 3ª anteriormente citada, que el derecho de deducir el quinto de los bienes de la sucesion, pero tomados equivocadamente por la sucesion misma, se supuso que el derecho á esta para los parientes colaterales terminaba en el expresado cuarto grado.

4. Con motivo de haberse devuelto al Fisco por arreglos con Su Santidad, el derecho al quinto en las sucesiones intestadas y colaterales fuera del cuarto grado, de que segun lo hemos manifestado disfrutaban antes ciertas Ordenes Regulares y la Cruzada; acusándose por otra parte negligencia en la recaudacion á los tribunales ordinarios, se les privó el conocimiento en estos asuntos. A los Tesoreros de la Cruzada sucedieron los Comisarios y Sub-Delegados de Hacienda: haciéndose necesario por esto determinar su jurisdiccion, y reglar el procedimiento que debian seguir.

A esto se proveyó por la instruccion de 26 de Agosto de 1786, en cuyos artículos 7º y 8º se prevenia que en los casos de *ab intestato*, los Sub-Delegados de Hacienda recibiesen informacion de cómo alguna persona habia muerto sin testamento y sin que se le conociesen parientes *dentro del cuarto grado*; citando en seguida por edictos á los que se considerasen con derecho á sucederle: despues de lo cual, si nadie se presentase, prévias las formalidades que se determinaban, se aplicasen los bienes de la sucesion á la conservacion de caminos.



La inteligencia extraviada de esta ley suministró tambien argumento á los que han sostenido que el Derecho de Partidas con respecto á las sucesiones intestadas en la línea colateral habia sido cambiado por las Recopiladas.

La observacion de que la sumaria indagatoria en el caso, solo debia versar sobre si habian quedado ó no parientes *dentro del cuarto grado*; y de que por no ser conocidos, ni presentarse nadie al llamamiento de edictos, la herencia se habia de considerar vacante, dándose á los bienes de la sucesion el destino que se prevenia, hizo comprender á muchos que solo los expresados parientes colaterales dentro del cuarto grado conservaban el derecho de heredar *ab intestato*.

Pero la indicada sumaria entre otros objetos, tenia el de constatar la jurisdiccion de los Sub-Delegados de Hacienda, que como los Comisarios de la Cruzada, á quienes habian reemplazado, solo tenian intervencion en las sucesiones intestadas, cuando no existian parientes dentro del cuarto grado; porque solo entonces podia asistir interés al Fisco, ó por la herencia misma, sino habia personas con derecho á suceder ó por la deducccion del quinto, si estas eran parientes fuera del cuarto grado: y en esa virtud, resultando existir tales parientes dentro de este grado, dichos Sub-Delegados nada tenian que hacer desde entonces en el asunto, debiendo dejar expedita la intervencion de la Justicia Ordinaria.

Cuando la ley que examinamos á pesar de constar ya que el finado no habia dejado parientes dentro del cuarto grado, manda citar por edictos á los que se consideren con derecho á la sucesion, no se refiere á éstos, al menos de un modo exclusivo, sino á cualesquiera que segun las disposiciones vigentes hasta entonces, en las cuales no se indica que se pretendiese hacer novedad, tuviesen derecho para heredar; y estos podrian ser muy bien el instituido en un testamento del que no se tenia conocimiento, los parientes hasta el décimo grado, y en fin, la muger legítima.

La declaracion de que en los casos de *ab intestato*, bastase el que no conociéndose al finado parientes *dentro del cuarto*



*grado*, además nadie se presentase por virtud de los edictos á reclamar derecho en la sucesion, para que se la debiese considerar vacante y adjudicarse al Fisco, se refiere solo al procedimiento y reglamenta la prueba : sin afectar el derecho mismo de las personas llamadas por disposiciones anteriores á heredar *ab intestato*, proponiéndose sin duda allanar el esclarecimiento y liquidacion del interés Fiscal.

Las mas de las veces es facil seguramente, indagar si una persona que acaba de fallecer, tenia hermanos, tios carnales ó primos hermanos : pero por lo regular seria bien dificil hacer constar que tampoco hubiese dejado tios ó primos segundos, terceros, etc., etc.; pues cuanto mas se distancia el parentesco, es menos conocido.

La ley reuniendo en el caso, las circunstancias de que no se conociesen al finado parientes inmediatos, y de que á pesar de haber sido citados por edictos cuantos se considerasen con derecho á la sucesion, ninguno se hubiese presentado ni parecido, creyó encontrar en ellas prueba suficiente de que no existian herederos *ab intestato*, y constituyó una presuncion mas ó menos equitativa, pero que podria muy bien ser desvanecida por prueba en contrario ; y que sobre todo no tendria aplicacion, ni produciria efecto alguno, cuando en oportunidad compareciese un pariente dentro ó fuera del cuarto grado, que acreditase su derecho á la herencia.

Por esto manifiesta con sinceridad D. Juan Sala, segun lo hemos recordado, que aunque la ley que examinamos, á primera vista persuade de que en la línea colateral, no hay más herederos que los parientes dentro del cuarto grado, analizados sus términos con escrupulosa atencion, este parecer resulta en extremo dudoso.—(Ilust. al Dro. Real, tomo 1º, pág. 253, Nº 11 ).

5. Si las consideraciones que preceden no bastasen á satisfacer completamente las objeciones que se deducen de las disposiciones Recopiladas que hemos mencionado, y procurado esponer en su verdadero sentido, hay que agregar todavia en favor de la tésis que sostenemos, que la Real



Céd. de 25 de Setiembre de 1798, posterior por tanto á las indicadas disposiciones, supone manifestamente que el derecho de sucesion en los parientes colaterales, se estiende mas allá del *cuarto grado*; y que en conformidad con lo que de ella se deduce, la Superintendencia General de bienes mostrencos, por sentencia fecha 15 de Julio de 1802, reconoció el espresado derecho sucesorio en favor de parientes en *quinto grado*.

Inútilmente han recurrido los que sostienen la revocacion de la ley 6ª, de Partida por las citadas disposiciones Recopiladas, en cuanto al grado de parentesco á que alcanzaba en la línea colateral, el derecho de sucesion *ab intestato*, al espediente de suponer que cuando las indicadas disposiciones Recopiladas hablan del *cuarto grado*, se refieren á la computacion canónica, y éste equivale de consiguiente al octavo Civil.

Tal esplicacion es inadmisibile: pues aparte de que estriba en una mera suposicion arbitraria, que careciendo de todo fundamento, no se prueba de modo alguno, por punto general se hallaba resuelto: que la computacion canónica solo se siguiese en los asuntos eclesiásticos, y que en los demás rigiese la Civil; no pudiendo por tanto, aplicarse aquella á la materia de sucesiones, como lo declara expresamente la ley 3ª, tit. 6º, Part. 4ª.—Sala Ilust. el Dro. Real, lib. 1º, tit. 4º, Nº 14.

Si pues, no se demuestra que el Derecho de las Partidas que llamaba á la sucesion intestada á los parientes colaterales hasta el *décimo grado* haya sido derogado ó reformado por disposiciones posteriores, que limitasen dicho *grado al cuarto*, caduca por su base el argumento que de ésto se deducia, para probar que tambien hubiese sido suprimido el derecho sucesorio de la muger, que no era llamada á la herencia sino despues de los parientes del *décimo grado*.

6. Propiamente hablando, el derecho sucesorio de la muger es distinto é independiente del de los parientes de la línea colateral; y debiendo ejercerlo á falta de estos, impor-



ta poco el grado hasta el cual aquellos sean admitidos á la sucesion intestada, ya sea el *séptimo* segun la ley del Fuero Juzgo,—el *décimo* segun las Partidas ó el *cuarto*, en la opinion de aquellos que sostienen haber sido limitado á este grado, solamente por las Recopiladas.

De aquí es que no faltan autores, entre los mismos que suponen corregido por éstas el Derecho de Partidas que aunque no admiten en la línea colateral, á la sucesion intestada, sino los parientes dentro del *cuarto grado*, reconocen al mismo tiempo, sin embargo, que el cónyuge sobreviviente conserva su derecho de sucesion, y debe ser llamado á la herencia despues de éstos.

Entre esos autores merece particular mencion el Dr. Escalona, por haber escrito *expresamente* sobre los intereses Fiscales, segun las leyes vigentes en América, el cual se expresa así: « Es heredero el Fisco faltando sucesion hasta el *cuarto grado* en los bienes del dueño conocido, ya difunto *ab intestato*, despues de la muger, la cual solo se prefiere y tiene mejor causa. Los cuales bienes se llaman intestados y vacantes. » — Gazofilacio Real del Perú, Lib. 2º, Part. 2ª, cap. V, Nº 1º, página 136.

Opina Murillo en el mismo sentido y su opinion es sumamente respetable por la reputacion que este autor ha gozado: hé aquí pues como se explica : « Pero hoy en nuestra España los parientes solo hasta el *cuarto grado* suceden al finado : faltando éstos lo hereda la muger, si era casado, aunque el matrimonio no estuviese consumado, con tal que no se hallase divorciada del marido, como éste en su caso heredaría á la muger *excluyendo uno y otro al Fisco*. » — Curso de Derecho, lib. III, tit. 27, Nº 261.

Entre los modernos tiene seguramente mucho peso, y debe merecernos gran respeto el Sr. Llamas y Molina, que como los anteriores, enseña que si bien las disposiciones Recopiladas derogan la ley 6ª de Partidas, en cuanto al grado de la línea colateral en que tenia lugar la sucesion intestada, sostiene al mismo tiempo que no alteraron el derecho de la muger, el



cual subsistió de consiguiente.—Comentario á las leyes de Toro, tom. I, páj. 153, N° 44.

7. Otro de los principales argumentos de que se valen los autores de opinion contraria para sostener que la precitada ley 6ª de Partidas que determinaba los derechos sucesorios en la línea colateral, habia sido derogada por disposiciones posteriores contenidas en la Recopilacion Castellana, no solo en cuanto al grado de los parientes que deben heredar ; sino tambien respecto al derecho que aquella ley atribuia á la muger, consiste en que, reglando nuevamente algunas de dichas disposiciones la sucesion intestada, prescriben que á falta de parientes que tengan derecho á heredar ésta se adjudique al Fisco, sin hacer mencion absolutamente del derecho que antes correspondia al consorte sobreviviente, de lo cual deducen que se quiso suprimir.

Así, la ley de D. Enrique III, (12, tit. 8º, lib. 5º, R. C.) establece que, falleciendo alguno intestado, si no dejase heredero en línea recta ó colateral, todos sus bienes vayan á la Real Cámara : sin hacerse en esta ley, como puede notarse, mencion alguna de la muger.

Así tambien en la ley XXXII de Toro ( 6ª, tit. 4º, lib. 5º, R. C.) reglamentándose las facultades del Comisario testamentario, cuando el testador no ha nombrado heredero, ni facultado á éste para nombrarlo, se establece : que solo pueda disponer del quinto, adjudicando el resto de los bienes á los parientes que debieran heredar *ab intestato* ; y que si no hubiese tales parientes, satisfecho lo que por las leyes deba corresponder á la muger, todos los bienes se inviertan en obras piadosas por el alma del testador.

No puede admitirse razonablemente que un derecho tan importante, como el que se concedia á la muger, para heredar *ab intestato* á su marido, viniese á ser derogado ó suprimido de un modo tácito y puramente incidental, cual sucederia si por el hecho de dejarse de mencionar á la muger, al tratarse de la sucesion intestada, para asegurar los derechos del Fisco, se admitiese que aquella hubiese perdido los suyos.



Aunque según se ha dicho tales derechos sean independientes de los que correspondían á los parientes, y la muger no pueda ser comprendida entre ellos ; como era llamada á la herencia inmediatamente después de éstos, en cierto modo continuaba ó extendía la línea colateral ; al menos, en cuanto, lo mismo que aquellos, excluía al Fisco ; y esta circunstancia explica, porque tratándose de determinar cuando correspondería á éste la herencia, se dijese solo que después de la línea colateral ó no existiendo parientes, aunque no se pretendiese excluir por ésto á la muger.

En el caso á que se refiere la citada ley de Toro, la determinación de que no habiendo parientes, todos los bienes se invirtiesen en obras piadosas, aunque sobreviviese la viuda, no prueba que en general, no se la deba computar entre los que tienen derecho para heredar *ab intestato*, como no probaría que tampoco lo tenga el Fisco, aunque en el caso propuesto quede excluido lo mismo que la viuda.

Ese caso no es propiamente *ab intestato*, desde que si bien el finado no hizo testamento, dejó sin embargo quien lo formalizase por él ; y no habiendo designado por heredera á su esposa, había motivo particular, para presumir el que su intención hubiese sido excluirla.

8. Con posterioridad á las indicadas leyes, en que parece prescindirse de la muger, y de las cuales se tomaba argumento para excluirla de la sucesión intestada, se publicó la Real Cédula de 9 de Octubre de 1766, en la que al mismo tiempo que se devolvía á los tribunales ordinarios, el conocimiento de los negocios sobre sucesiones, aunque no hubiesen herederos conocidos, se dispuso : que en este caso los bienes de la herencia se adjudicasen al Fisco, en conformidad á lo establecido en la ley de D. Enrique (12, tit. 18, libro 5º, R. C.) y en la tantas veces mencionada 6ª, tit. 13. P. 6ª, que con ésto se declaraba implícitamente no ser contraria de aquella, y lo que es mas aun, que se conservaba todavía en vigencia.

Oigamos nuevamente á D. Juan Sala. que nos dará la inte-





ligencia de estas leyes : « El *décimo grado* termina este orden de sucesion ( en la línea colateral ), y despues de concluido, la muger hereda al marido y el marido á la muger ; pero si el finado no hubiese dejado consorte, el Fisco percibirá la herencia, ley 6ª, tit. 13, P. 6ª., no de otra suerte ; pues aunque la ley 12, tit. 8º, lib. 5º, R. C. llama al Fisco inmediatamente, despues de concluidos los tres órdenes de sucesion, de los descendientes, ascendientes y colaterales, no debe pensarse por esto que haya querido excluir la mútua sucesion de los cónyuges, sino que debe entenderse del caso de que el difunto no hubiese dejado consorte, como lo demuestra Acevedo, exponiendo dicha ley 12 : donde tambien advierte, que ésto no se deroga por la 6ª, tit. 4º, lib. 5º que es la XXXII de Toro ; porque no se trata en ella del que ha fallecido completamente intestado. » — Apéndice al Vinnio, Comentario á las Instituciones, lib. III, tit. V, *De la sucesion de los cognados*, tom. 2º, páj. 46.

No menos interesante y explícito sobre la verdadera inteligencia de las leyes que nos ocupan es el Sr. Llamas y Molina antes citado — « Se duda con harto fundamento, dice, si tanto la ley del Fuero, como la de Partida, han sido derogadas por la ley XII, tit. 8º, lib. 5º de R. C., que es de Don Enrique III, en la que se ordena que si el que muere sin testamento, no deja parientes, herede los bienes la Cámara del Rey, en donde ninguna mencion hace del marido ni de la muger, lo que ha sido causa de que los autores opinen, unos por la derogacion y otros contra ella ; pero si se atiende á que dicha ley habla de meros parientes sin limitacion de grado, ni expresion de cualidad, parece mas fundado decir que no se derogó por ella la ley de Partida. »

« Aumenta esta congetura la Real Cédula de 9 de Octubre de 1766, que hablando de los bienes mostrencos, dispone que la sucesion de los que mueren sin testamento, y no dejen parientes conocidos, se adjudique á la Real Cámara con arreglo á las leyes que cita ; y una de ellas es la de Partida, y no era regular que fundase el derecho de la Real Cámara á los



bienes de los que no dejaban parientes conocidos en una ley que queria derogar ; porque daba la preferencia sobre estos bienes al marido y muger. » — Comentario á la ley VIII de Toro, N<sup>os</sup> 44 y 45, tom. 1<sup>o</sup>, páj. 153.

9. Habiendo manifestado á V. E. el Fiscal desde el principio de su exposicion, la diversidad de opiniones á que hace tambien referencia el Sr. Llamas y Molina, sobre el derecho de sucesion *ab intestato* en el cónyuge sobreviviente, juzga oportuno agregar que los que lo sostienen, son muchos mas en número que los que lo impugnan ; de suerte que la de aquellos es sin duda alguna, la opinion comun.

Hemos visto que Tapia en el « Febrero novisimamente redactado, » tom. 2<sup>o</sup>, páj. 82, N<sup>o</sup> 12, manifiesta, como la ley de Partida que acordaba á la muger el derecho sucesorio á falta de parientes, sobre los bienes del marido, no ha sido derogada en España, sino por el decreto de 31 de Diciembre de 1829 é instruccion de 7 de Marzo de 1831, que no habiendo regido en este país no han podido producir ese resultado entre nosotros.

Tambien Escrich en su « Diccionario de Legislacion y Jurisprudencia, » v. *Heredero*, encontrando el punto sumamente dudoso, no se decide por la derogacion de la ley 6<sup>a</sup> de Partida, sino en virtud de los enunciados decretos é instrucciones, que para nosotros no han existido legalmente: de suerte que con prescindencia de ellos, estaria de seguro por la subsistencia del derecho sucesorio en la muger.

Su anotador el Dr. Guin, que decididamente lo sostiene en esos términos, observa : que á Sala, Alvarez y Febrero que opinaban en contrario (hemos visto ya que el primero cambió de opinion, y los otros dos han sido corregidos en este punto, por sus reformadores) puede oponerse un gran número de autores, entre los cuales menciona al Dr. Berni en la ley 25, tit. 1<sup>o</sup>, P. 6<sup>a</sup>.—Magro y Boleño en sus Instituciones, lib. 3<sup>o</sup>, tit. 10, N<sup>o</sup> 14.—Acevedo á la ley 12, tit. 8<sup>o</sup>, lib. 5<sup>o</sup> de la Recopiladas, y en fin, Solórzano en su Polít. Indiana, libro 5<sup>o</sup>, cap. 7<sup>o</sup>, N<sup>os</sup> 57 y 58.



Pueden agregarse todavía en el mismo sentido que los anteriores, Matienso á la ley 5ª, tít. 8º, lib. 5º de Recopiladas. — Juan Gutierrez « Cuestiones prácticas de Derecho Civil, » N° 2113. — Escalona « Gazofilacio Real del Perú, » Lib. 2º, Part. 2ª, cap. 5º, N° 1. — Antonio Gomez á la ley VIII de Toro, N° 20. — Murillo « Curso de Derecho, » Lib. 3º, tít. 27, N° 261. — Llamas « Comentario á la ley VIII de Toro, » N° 46 ; y en fin Llamas y Molina á la misma ley N° 44 y 45.

10. No terminará el Fiscal esta materia sin hacer reparar á V. E. que el progreso de la Jurisprudencia, tanto en España como en nuestro país, ha sido favorable al derecho de sucesion recíproca entre los cónyuges ; pues en aquel Reino, en que segun se ha espuesto, este derecho habia sido suprimido, restringiéndose tambien el de los colaterales, por disposiciones de 31 de Diciembre de 1829 y 7 de Marzo de 1831 ; en ley de 16 de Mayo de 1835, no solo fué devuelto á los parientes del *décimo grado*, lo mismo que al cónyuge sobreviviente, sino que la condicion de este mejoró mucho por esa ley, llamándosele á la herencia despues del *cuarto grado*.

Entre nosotros, volviéndose en cierto modo al sistema del antiguo Derecho Romano : que llamaba á la muger entre los hijos, á la herencia intestada del marido, ha sido declarada heredera forzosa, *ex-testamento* y *ab intestato* ; y hereda juntamente con los hijos como el marido hereda á la muger en su caso reciprocamente : lo cual indica por cierto, la mayor equidad de la doctrina que favorecia los derechos sucesorios de los cónyuges, que la de la opinion que los impugnaba.

Nunca podria el Fiscal persuadirse, Exma. Cámara, de haber agotado el asunto y dilucidado completamente, materia tan espinosa y tan árdua, como la que debia exponer, ni de haber llevado el convencimiento hasta la evidencia en el ánimo de V. E., acerca de la doctrina que ha sostenido ; pero al ménos cree haber conseguido demostrar, que ella es la más fundada y la más comun al mismo tiempo ; y

sobre todo, que era inexacto, como se habia afirmado con harta ligereza, que el punto fuese indiscutible.

La resolucion apelada adopta la opinion opuesta, tomándola por el primero y principal fundamento, al declarar vacante la herencia de que se trata, la cual en consecuencia adjudica al Consejo de Educacion ; pero habiendo mostrado el esponente la insubsistencia de tal fundamento, no trepida en aconsejar á V. E., la revocacion de dicha sentencia, y el que se sirva declarar haber correspondido aquella á Victoria Rodríguez, como viuda de Antonio Vazquez.

Buenos Aires, Febrero 28 de 1885.

---



## DERECHO DE REPRESENTACION

## SUMARIO:

La cuestion versa sobre una herencia *ab intestato*, que disputan exclusivamente para sí dos parientes del sexto grado, con otros dos del séptimo, que pretendiendo representar al padre ya muerto, intentan concurrir con aquellos—Aunque estos últimos reconocen que en la línea colateral, el derecho de heredar, segun el art. 3585, solo alcanza al sexto grado, como en este se dice: *salvo el derecho de representacion*, que el art. 3560 acuerda sin limitacion, á los hijos y descendientes de hermanos, establecen que mediante ésta el derecho hereditario no solo se extiende sino que pasa del sexto grado—Los primeros sostienen que la representacion no es indefinida, ni los derechos sucesorios en la línea colateral, pueden pasar del referido sexto grado—Esta interpretacion parece encontrar apoyo en los términos del art. 3545, que de un modo absoluto y sin salvar el derecho de representacion, limita la herencia al sexto grado—Recibe tambien apoyo del 3546, en que la cláusula *salvo el derecho de representacion*, no se refiere al grado de parentesco, sino á la mayor proximidad—La cuestion es complicada y difícil; presentándose ademas por primera vez; de suerte que, la resolucíon que en ella recaiga, vendrá á establecer Jurisprudencia—La representacion en la línea colateral, tanto por Derecho Romano, como por el Español, no pasaba del tercer grado, siendo concedida únicamente en favor de los sobrinos carnales, es decir, hijos de hermanos—En el Derecho Francés por el contrario, ese derecho es indefinido, pues se extiende tanto, como en la línea recta de los descendientes—El Dr. Velez, en la nota al art. 3560, critica duramente semejante disposicion; pero en el texto concede la representacion en los mismos términos que el Código Napoleon, á favor de los hijos y descendientes de hermanos—Esto ha inducido al Dr. Segovia á decir, que el Dr. Velez ha hecho en realidad, todo lo contrario de lo que se proponia—El Juez á quo declara puestas en el texto por error las palabras *y descendientes*—El doctor





Moreno proponia, á su vez, corregir el texto, suprimiendo la conjuncion *y*; de manera que se leyese *en favor de los hijos descendientes de hermanos*, es decir, sobrinos carnales—Esta correccion, aunque muy ingeniosa, pues con la supresion de una sola letra, ponía en consonancia nuestro Código con el Derecho Romano y Español, es inadmisibile por varias razones—Se hace notar que si hubiese de reconocerse error en el texto de nuestro Código, el mismo error existiría en el proyecto de Goyena—No existe sin embargo tal equivocacion; sino que, la misma frase del Código Francés empleada en el nuestro, por su correlacion con la disposicion que determina el grado á que alcanza el derecho de heredar, produce resultados contrarios—La representacion, en efecto, no tiene por objeto conferir derechos sucesorios al que absolutamente carece de ellos, sino únicamente mejorar los de aquel que, á pesar de ser heredero, con la muerte prematura del padre, vendria á ser excluido, sin embargo, por otro pariente mas próximo—Doctrina de varios autores que exponen la materia y comprueban esta tesis—Como en el Código Francés, el derecho de sucesion en favor de los descendientes de hermanos, es indefinido, debia serlo igualmente el de representacion—Como en el nuestro aquel derecho no pasa del sexto grado, tampoco la representacion puede ir mas adelante—En apoyo de esta inteligencia, se observa que el art. 3545 declara ser unas mismas las personas que pueden heredar por derecho propio y por representacion—Siendo pues aquellas únicamente las que se encuentran dentro del sexto grado, es claro que las demas que se hallan fuera de este grado, no tienen derecho de heredar, ni aun por representacion; la cual de consiguiente no se extiende mas—Ademas, estando concedida exclusivamente la representacion en favor de los descendientes de hermanos del causante; y no siéndolo en el caso presente las apelantes, no puede competirles, por tanto, el derecho de representacion.

*Exra. Cámara:* — El espediente de que V. E. se ha servido comunicar vista al Fiscal, versa sobre el derecho de sucesion *ab intestato* y el alcance de la representacion en la línea colateral, disputándose la herencia de D<sup>a</sup> Maria Eugenia L'Hebertte varios parientes colocados los unos, á saber: el Dr. D. Carlos y D<sup>a</sup> Florencia Eguia, en sexto grado respecto de dicha finada y las otras D<sup>a</sup> Petrona y D<sup>a</sup> Julia Eguia en séptimo; las cuales pretendiendo representar á su padre ya fallecido, D. Manuel, se consideran con esto asistidas de igual derecho que los primeros.

Reconocen estas ciertamente, que el derecho de heredar en la línea colateral, en conformidad á lo dispuesto en los artículos 3545 y 3585 del Código Civil, no pasa del sexto



grado ; pero entienden que esta limitacion no escluye a los parientes de un grado mas remoto : desde que correspondiéndoles el derecho de representacion, que creen indefinido, ó que compete por lo menos hasta los parientes del séptimo grado, aquellos puedan colocarse en el lugar y suceder en los derechos que habrian correspondido al padre, pariente dentro del sexto grado y que hubiese heredado si hubiera vivido.

Contra tal inteligencia dada por las reclamantes al enunciarlo art. 3585, se observa por los opositores, que la escepcion contenida en la cláusula de este, *salvo el derecho de representacion*, no se refiere al grado de parentesco determinado como limite, al derecho de heredar en la sucesion colateral, sino á la mayor proximidad dentro del sexto grado indicado.

No seria pues, segun esta doctrina, el sentido de aquella disposicion, el que mediante la representacion puedan heredar en la línea colateral, aun los parientes colocados fuera del sexto grado : sino el de que no siempre los mas distantes ; pero todavia dentro de este grado, serán escludidos por los mas próximos, desde que pudiendo corresponderles el espresado derecho de representacion, en ese caso concurririan á la herencia junto con aquellos.

Esta interpretacion parece encontrar apoyo en el art. 3545 que limita el derecho de la sucesion intestada en la línea colateral al sexto grado, sino en términos absolutos y que eviten toda duda, al menos sin hacer mencion alguna de la representacion como deberia suceder, y corresponderia en ese lugar, si es que ella pudiera estender el derecho de heredar mas allá del sexto grado.

Se corrobora tambien dicha inteligencia del art. 3545 por el tenor del siguiente 3546 en que se declara : « que el pariente mas cercano en grado escluye el mas remoto, *salvo el derecho de representacion* ; » pues aquí se reproduce textualmente la indicada cláusula, afectando de un modo claro, únicamente á la mayor proximidad del grado, respecto á



los efectos legales que se le atribuyen, los cuales pueden ser modificados por el derecho de representacion.

La cuestion, Exmo. Señor, que léjos de ser sencilla, ofrece al contrario graves dificultades, las cuales como veremos luego, no han podido salvar abogados muy notables, es además nueva ; pues se presenta á los Tribunales por primera vez, y de consiguiente, la resolucion que en ella recaiga, formará Jurisprudencia, mereciendo por tanto un estudio especial y detenido.

Con relacion al Derecho antiguo, Romano y Español, es fuera de duda que la representacion en la línea colateral, no pasaba del tercer grado, que corresponde á los sobrinos carnales ; y esto solamente en concurrencia con sus tios, para heredar *ab intestato* á otro tio, hermano de su padre y del autor de la sucesion ; á fin de que no fuesen escludidos por aquellos en virtud del principio que rige en las herencias, de que el pariente más próximo escluye al mas remoto.

Los textos capitales de esta materia, y que por lo mismo conviene recordar, son : la Authéntica *Cód. de Hered. que ab intest veniunt*, cap. 3º, § *Si vero Collat 9º*, y el cap. 3º, de la Novela 118.

El primero se espresa así : « Pero si el difunto no hubiese dejado ni hermanos ni hijos de hermanos, llamamos despues de ellos á la herencia á todos los parientes colaterales, segun la prerogativa del grado de cada uno, de manera que los mas próximos sean preferidos á los demás, pero si existiesen muchos del mismo grado, la herencia se dividirá segun el número de personas ; lo cual llaman nuestras leyes heredar por cabezas ».

El segundo dice : « Pero si hubiesen quedado hermanos del finado ó hijos de otros hermanos ó hermanas fallecidos anteriormente, estos serán llamados á la herencia junto con los tios por parte del padre y madre, varones y mugeres ; y cualquiera que sea su número, recibirán tanta parte de la herencia, cuanta habria correspondido á su padre, si hubiera sobrevivido ».





La ley 8ª de Toro reconociendo tambien en los sobrinos, el derecho de representacion, los llamaba á heredar por stirpe, y no por cabezas; pero manifiestan que en la línea colateral, la representacion, no alcanzaba al cuarto grado, las leyes que hacian heredar á los primos, cuando concurrían solos, por cabezas, y no por linajes ó ramas.—LL. 8, tit. 2º, lib. 4º, Fuero Juzgo—13, tit. 6º, lib. 3º, Fuero Real, y 5, tit. 13, P. 6ª.

Por el Derecho Francés y los diversos Códigos Europeos que lo han seguido, es evidente el derecho de representacion en los hijos y descendientes de hermanos, cualquiera que sea el grado en que se encuentren para heredar á sus tíos, hermanos de su padre ó de otros ascendientes; pues el expresado derecho de representacion se estiende en esta línea tanto como en la recta descendente : y mientras exista sucesion de hermanos, no son llamados los ascendientes.—Véanse los artículos 742 y 746, C. N.

El Dr. Velez en la nota al art. 3560 de nuestro Código, critica durante esta disposicion del Derecho Francés, que estendiendo indefinidamente el derecho de representacion en la línea colateral, no puede dejar de ocasionar dificultades y pleitos, por el gran número de personas á quienes, en este sistema llegará á interesar la herencia, las muchas divisiones por ramas que á veces habrá necesidad de verificar, y en fin por la oscuridad misma del parentesco cuando se trate de personas ya muy distantes entre sí.

« Los Códigos, dice, Francés, de Nápoles, de Vaud y de Luisiana estienden la representacion en línea transversal á los hijos de hermanos y sus descendientes ».

« Tal sistema, llevando la representacion á lo infinito en la línea colateral, tiene grandes inconvenientes y peligros, porque dividiendo la sucesion en ramas múltiples, viene á ser una fuente de dificultades y pleitos ».

Sin embargo, y despues de todo, al redactar su propio artículo concerniente á la materia, resulta haber copiado el texto del mismo Código Francés, que criticaba, pareciendo haber concedido tambien indefinidamente la representacion



en la línea colateral, al establecerla á favor de *los hijos y descendientes de hermanos*, que es precisamente la cláusula del Código Francés que dá origen á la representacion indefinida.

Para mayor ilustracion del punto creemos conveniente transcribir ambas disposiciones á fin de que puedan compararse y sea posible juzgar de su alcance.

« En la línea colateral dice el mencionado art. 742 del Código Francés, procede la representacion en favor de *los hijos y descendientes de hermanos del finado* ».

« En la línea colateral, dice el precitado art. 3560, de nuestro Código Civil, la representacion solo tiene lugar en favor de *los hijos y descendientes de los hermanos* ».

En ambos artículos, segun puede observarse, se concede la representacion en la línea colateral, á las mismas personas y al parecer con igual alcance.

Esto ha inducido el Dr. Segovia al estudiar y exponer el indicado artículo de nuestro Código Civil, á decir que el Dr. Velez habia hecho en realidad, todo lo contrario de lo que se proponía.

La misma observacion obliga tambien al Juez *á quo*, al rechazar como rechaza, la representacion indefinida en la línea colateral, á declarar segun lo ha hecho, puestas por error en dicho artículo las palabras *y descendientes*.

Preocupado igualmente el ilustrado Dr. Moreno de esta dificultad y buscando la manera de conciliar el texto con su comentario, la doctrina de aquel con los mejores principios, opinó tambien que en la redaccion del artículo que nos ocupa, debia suprimirse la *y* á fin de que entónces el adjetivo *descendientes* se refiriese á *los hijos*.

Esta correccion sumamente ingeniosa, sin duda, por cuanto con una pequeñísima alteracion en el texto, la simple supresion de una letra, el sentido del art. 3560, habria armonizado desde luego, con el Derecho Romano y el Español, que segun queda sentado, solo acordaban la representa-



cion á los hijos de hermanos y no á los demás parientes, es, sin embargo, inaceptable.

Fuera de que la disposicion que nos ocupa, manifestamente no ha sido tomada del antiguo Derecho Romano ó Español sino del Código Francés, se ha observado con razon al Juez *á quo*, que no puede permitirse á los tribunales suprimir en el texto de las leyes, que por su naturaleza misma deben ser una regla fija é inalterable, palabras que cambien el sentido, ni aun so pretexto de conciliarlo con los principios de la ciencia Jurídica.

¿ Habrá quedado pues, por nuestro Código Civil, ilimitado el derecho de representacion en la línea colateral ? Al conceder aquella en general, á favor de los hijos y descendientes de hermanos ¿ se les habrá otorgado tambien á todos sin limitacion, el derecho de heredar, cualquiera que sea el grado en que se encuentren, como sucede indudablemente en el Derecho Francés ?

El Dr. Segovia supone que al establecerse ilimitado el derecho de representacion en el mencionado artículo de nuestro Código, se olvidó y no se tuvo presente la disposicion que limitaba al sexto grado en la línea colateral, el derecho de heredar.

No deja de ser raro, sin embargo, el que no se haya notado ni corregido aquella equivocacion por el Congreso, que acaba de revisar el Código, precisamente para enmendar la redaccion: y aun seria mas extraño todavía el que Goyena, hubiese incidido tambien en el mismo error que el doctor Velez, sin duda por un olvido semejante.

En efecto : como puede verse en su proyecto de Código, acuerda realmente el derecho de representacion en la línea colateral, en iguales términos que el Dr. Velez y que el Código Francés, á saber, en favor de *los hijos y descendientes de hermanos*, mientras que por otra parte limita tambien, el derecho de herencia, en esta línea en conformidad á lo dispuesto por las Partidas al décimo grado : derecho que por nuestro Código solo alcanza al sexto, y que por el Fran-

cés llega al duodécimo grado.—Véanse los arts. 746 y 752.—Código Francés, art. 775.

¿ Cómo se concilian pues estas disposiciones ? La limitación establecida por el Código al derecho de heredar en la línea colateral, determinando que no pase del sexto grado ¿ restringe consiguientemente, aunque de un modo implícito, el derecho de representacion concedido al parecer de una manera indefinida ? ¿ Importa por el contrario, este beneficio, una escepcion á la regla general la cual haya sido establecida solo para los colaterales que no descienden de hermanos ?

Aceptados, en fin, los antecedentes que en la materia establece el Derecho Francés, en nuestro Código ¿ pueden ser, sin embargo, distintas las consecuencias y diversa la doctrina ?

Para resolver estos puntos, conviene tener presente, y es necesario estudiar la diversidad del sistema referente á las sucesiones del Código Francés respecto al nuestro, como tambien al proyectado por Goyena.

En el primero, la línea colateral que arranca de hermano, tiene privilegio, y se equipara casi á la línea recta descendente, pues si bien es inferior á ésta, se antepone á la de los ascendientes.

Asi pues, el parentesco colateral se divide en dos clases: la que acabamos de mencionar proveniente de hermanos, y que como lo hemos manifestado, se considera privilegiada; y la que comprende á los demás parientes colocados fuera de la línea recta, y que tampoco descienden de hermanos.

Cuando el Código Francés, por el art. 755 limita al duodécimo grado el derecho de heredar, se refiere esclusivamente á los parientes colaterales de la clase no privilegiada, de que viene ocupándose en el art. 735 : y de consiguiente esta disposicion no importa en manera alguna, limitacion al derecho de representacion y de herencia, indefinidos respecto á los hijos ó descendientes de hermanos.

En el sistema de nuestro Código, que es el mismo del proyectado por el Dr. Goyena y que ha sido tambien puede





decirse, el de la Recopilacion Castellana, enteramente diverso en esto del Francés, la línea colateral ocupa siempre el último lugar, pues que no viene ni es llamada á la herencia, sino á falta de ascendientes y descendientes.

No hay tampoco distincion en cuanto al grado á que alcanza el derecho de heredar, aunque exista respecto á la representacion, entre los colaterales de las dos clases expresadas ; y de consiguiente, cuando por nuestro Código dicho grado se ha fijado en el sexto, esta disposicion comprende á todos los parientes colaterales indistintamente ; limitando y restringiendo por tanto de un modo inevitable, la representacion de los descendientes de hermanos: desde que ella no puede tener lugar, sino tratándose de personas á quienes asiste algun derecho á heredar, ó que se encuentran en grado sucesible.

La representacion en efecto, nunca ha tenido por objeto conferir derechos hereditarios á quien absolutamente carecia de ellos, sino mas bien devolver al hijo los que le habia quitado la muerte prematura del padre, reforzando los que le quedaban y poniéndolo en aptitud de sostener la concurrencia de un competidor mas fuerte, solo por encontrarse en grado mas próximo.

Para que pueda pues, tener lugar la representacion, es necesario que se trate de una persona, que hallándose colocada dentro de alguna de las clases de herederos que establece el sistema de sucesion, seria excluida solamente á causa de la concurrencia de otro pariente de la misma clase mas próximo en grado ; y en este sentido ha dicho perfectamente en el caso presente el defensor de la herencia, que la representacion es un derecho exclusivo de los herederos.

Esto se deduce claramente de la doctrina de los Jurisconsultos, si se examina con bastante atencion ; no menos que de las prescripciones mismas de nuestro Código, acordes con aquella.

«La representacion, dicen los señores Aubry y Rau, es una ficcion legal en consecuencia de la cual *un heredero*



*mas lejano*, entra en el lugar grado y derechos de un *heredero mas próximo* fallecido antes que el autor de la sucesion. »

« *Los herederos*, habian dicho ya, pueden suceder por derecho propio ó por representacion. Un heredero sucede por derecho propio, cuando en realidad segun su grado de parentesco con el finado, es el heredero mas próximo de su clase, y en esta calidad se encuentra llamado á la herencia. »

« El heredero sucede por representacion, cuando es llamado á la herencia, entrando en el grado de *otro heredero de su clase*, pariente mas próximo del finado. »

« No puede alguien suceder por representacion, añaden poco despues, sino en tanto que en ausencia de otros herederos mas próximos, habria sido llamado el mismo por su propio derecho, á recibir la herencia que se pretende. » — Curso de Derecho Civil Francés, tom. 6º, párrafo 597, pájs. 297 y 302.

« La representacion, dice Zachariæ, es una ficcion legal en cuya virtud, un *heredero mas lejano* sucede por disposicion de la ley, en el lugar grado y derechos de *otro heredero mas próximo*, fallecido antes que el autor de la sucesion. »

« No se puede suceder por representacion, observa mas adelante, sino en tanto que en ausencia de herederos mas próximos, habria sido llamado el mismo que pretende heredar á suceder, por derecho propio. » — Derecho Civil Francés, tom. 2º, párrafo 361, pájs. 256 y 260.

Como se ve pues, por la doctrina de tan respetables Jurisconsultos universalmente aceptada, la representacion supone en el que trata de valerse de ella, algun derecho hereditario, en fuerza del cual la herencia le habria correspondido sin necesidad de aquella, á no ser por la concurrencia de un pariente mas próximo de su misma clase.

En este punto, Exmo. Señor, nuestro Código se encuentra en perfecta conformidad con los principios que dejamos expuestos.

Diversos artículos manifiestan de un modo claro, que en todos los parientes colocados en grado sucesible se reconoce



algun derecho á la herencia, aunque inferior en los mas remotos respecto al que se acuerda á los mas próximos.

Ahora bien : es en favor de aquellos únicamente que en la línea descendente, recta ó colateral, ha sido introducido el derecho de representacion : y así lo indican diversas disposiciones del Código, declarándolo otras de un modo mas positivo y expreso.

Pudiendo segun el art. 3553 representarse á aquel cuya sucesion se hubiese renunciado : lo cual explica el Dr. Velez diciendo que « el derecho de representacion, no es un derecho dependiente de la herencia del representado, y que el nieto que repudia la herencia de su padre por serle perjudicial, puede representar para heredar al abuelo » es manifiesto que esto supone algun derecho propio en el representante ; porque á no tenerlo ni subrogarse tampoco en el del representado, no se comprende como pudiera adquirir la herencia, en concurrencia de personas asistidas de legítimos derechos.

Viéndolo bien, el tenor literal del art. 3548 declara positivamente, que solo pueden venir á la herencia por representacion, los parientes que se encuentran en grado sucesible, cuando dice : « que *los llamados á la sucesion* intestada, no sólo suceden por derecho propio sino tambien por derecho de representacion. »

Son pues, segun este artículo incuestionablemente, unos mismos los parientes que pueden suceder por representacion ó por derecho propio, segun las circunstancias en que se encuentren colocados, ya solos ó en concurrencia de otros parientes del mismo grado, ya con los de un grado mas próximo.

Ahora bien ; siendo de dichos parientes colaterales, únicamente los que se encuentran dentro del sexto grado inclusive, los que en conformidad del art. 3545, pueden heredar por derecho propio, resulta que es á éstos tambien á quienes corresponde exclusivamente el derecho de representacion.



Lo expuesto, Exmo. Señor, bastaría á demostrar el acierto y la justicia de la sentencia apelada, en cuanto declara no competir el derecho de representacion en el caso *sub judice*, á los parientes en séptimo grado de la finada, de cuya sucesion se trata.

Hay sin embargo, otra circunstancia no menos poderosa y decisiva : pero sí, mucho mas clara é innegable, que excluye á las reclamantes, del derecho de representacion que se atribuyen : privándolas de consiguiente, de toda participacion en la herencia que se disputa.

Tal es la de que ni por el Derecho antiguo, ni por el moderno, el expresado derecho de representacion en la línea colateral, corresponde ó puede corresponder á otros parientes, que los hijos y descendientes de hermanos del causante de la sucesion.

Efectivamente, ni el Derecho Romano, ni el Español, ni el Francés, ni por fin Código alguno, ha concedido jamas el indicado derecho á otros parientes que los mencionados, para concurrir á la herencia de sus tios.

Así debe entenderse pues, tambien la disposicion del artículo 3560 de nuestro Código, al conceder la representacion en la línea colateral, solo en favor de los hijos y descendientes de hermanos, conformándolo con los principios y la doctrina que rijen inconcusamente en la materia.—Gomez á la ley VIII de Toro, N° 10.—Llamas y Molina, Coment. á la misma ley 8.—Marcadé, Exposicion del C. C., tom. 3°, páj. 73. N° 109.

Bien pues, Exmo. Señor, las apelantes no solo se encuentran fuera del sexto grado civil de parentesco en la línea colateral, respecto á la causante de la sucesion, y carecen por tanto de todo derecho á la herencia directo ó indirecto, sino que ademas no descienden, como es manifesto, de ningun hermano de la finada, único caso en que por la ley podria competirles el derecho de representacion.

Tales son los motivos y las consideraciones legales que han



hecho formar al Fiscal en este asunto, la opinion que deja expuesta, acerca de los puntos que en él se han debatido: dictámen que somete gustoso á la rectitud é ilustracion de V. E.; y resumiéndolo concluye por solicitar la aprobacion de la sentencia apelada.

Buenos Aires, Marzo 24 de 1884.



# VISTA XIII

## NULIDAD DE UN TESTAMENTO

### SUMARIO:

La nulidad se funda en la incapacidad física y moral de la otorgante, por haber sufrido á la edad de sesenta á setenta y dos años, tres ataques violentos de apoplejía, que debilitando su inteligencia, la habian privado tambien del uso de la palabra—La demandada no niega los hechos que se aducen como antecedentes; pero desconoce los resultados que se les atribuyen, sosteniendo la validez del testamento, pues siendo otorgado en escritura pública, en esta se afirma que la testadora era persona habil y que ella misma dictó sus disposiciones—La prueba del demandante consiste en varios informes de facultativos médicos, posiciones propuestas á la heredera instituida y declaraciones de testigos, que el Juez á *quo* apreciando en su conjunto, ha estimado suficiente—El buen sentido apoyado en una constante experiencia enseña: que la inteligencia de una persona anciana, que sufre varios ataques apopléticos, rarisima vez deja de quedar viciada — No por eso sin mas prueba, se podria establecer *apriori*, la incapacidad de esa persona; mas en la apreciacion de aquella no se deberia ser exigente, desde que vendria en apoyo de un hecho harto verosímil — Nada demuestra en sentido contrario respecto al caso en cuestion, la indicacion del Escribano sobre la habilidad de la otorgante, pues este funcionario no tiene mision para constatarla—Objeciones que se oponen á los expresados informes de los facultativos y vicios que se alegan en el exámen de los testigos - La prueba combinada que resulta de esos informes apoyados por las declaraciones de los testigos, en relacion con lo que se deduce de la confesion de la parte, supera el valor de la escritura, en cuanto afirma que la testadora dictó sus disposiciones; pues ese instrumento es sospechosísimo por muchas consideraciones—El protocolo ó libro de Registro debe ser llevado por el Escribano, de su propia letra; mas esta formalidad no es esencial á la validez de las escrituras, ni su omision produce nulidad—El Escribano que autori-



zó el testamento en cuestion, dando fe del conocimiento de la otorgante; cuando en realidad la veia por primera vez; sin haber recibido informacion sobre la identidad de la persona, ha faltado á su deber, y merece ser penado.

*Erma Cámara:*—El Fiscal se ha instruido, por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, del juicio seguido entre D. Federico Bento y D<sup>a</sup> Rosa Scavino, sobre la sucesion de la finada D<sup>a</sup> Tomasa Bento de Scavino, que reclama el primero como hermano de ésta, la cual siendo viuda, no ha dejado ascendientes ni descendientes, contra la segunda que aparece instituida heredera en un testamento autorizado por Escribano, que lleva fecha de 28 de Setiembre de 1882.

El demandante funda su pretension en que tal testamento, aunque consignado en escritura pública, es y debe ser considerado nulo, por cuanto en la época en que resulta haberse otorgado, su referida hermana se encontraba en estado de completa incapacidad física y moral para celebrar un acto de esa clase, á causa de su avanzada edad, y por haber sufrido en ella, sucesivamente, tres ataques de apoplejía, que convirtiéndola en una idiota ó poco menos, la habian privado tambien del uso de la palabra.

La demandada no niega, antes bien confiesa en términos expresos, los antecedentes que se suponen haber producido demencia y afasia en la otorgante del testamento; pero desconoce que tales resultados se produjesen realmente, y sostiene la validez del mencionado testamento, en el cual se afirma que la testadora se encontraba hábil para celebrar ese acto: y que ella misma dictó sus disposiciones al Escribano autorizante.

Como prueba sobre los puntos cuestionados, se han producido los informes médicos de los facultativos que asistieron á la finada. Las partes tambien se han propuesto en el juicio recíprocamente posiciones. En fin, se han producido en él numerosas declaraciones de muchos testigos.

El Juez *á quo*, despues de oir el dictámen bien fundad



del Agente Fiscal, con el cual se ha conformado, examinando en su conjunto el mérito de las indicadas pruebas, en la sentencia que pronunció, dá por justificados legalmente los fundamentos de la demanda á la que en consecuencia hace lugar ; y declara nulo el expresado testamento de D<sup>a</sup> Tomasa Bento de Scavino : resolucion de la cual se ha apelado : y cuya justicia ó extravío toca ahora averiguar.



---

Desde luego, Exma. Cámara, como lo ha observado con mucha exactitud el Fiscal de primera Instancia, el buen sentido apoyado en una constante experiencia nos persuade de que una persona de avanzada edad, y que ha sufrido repetidos y violentos ataques de apoplegia, casi siempre, con rarísimas excepciones, queda con su memoria debilitada y su inteligencia mas ó menos oscurecida : no encontrándose, por tanto, en aptitud de testar válidamente.

No se sigue de aquí sin embargo, ni podria establecerse como regla absoluta la incapacidad legal de tales personas, que siendo ancianas, hubiesen sufrido ataques apopléticos ; antes bien su incapacidad deberia justificarse siempre, pero tratándose de la prueba con que se acreditase no habria que ser demasiado exigente : pues quien depusiera afirmando ese hecho, apareceria sumamente razonable ; y no referiria sino una cosa muy natural, que de antemano se hallarian todos propensos á creer y de consiguiente admitirian sin dificultad.

Ahora bien, resulta perfectamente comprobado, y se reconoce tambien por la demandada, que la mencionada D<sup>a</sup> Tomasa, entre los sesenta y setenta y dos años, sufrió tres ataques de apoplegia, anteriores á la fecha del testamento, y el último con anterioridad de algunos meses solamente ; á saber : el primer ataque violento y de carácter hemorrágico en 1871, el segundo en 1880, y el tercero tambien violento



en Febrero de 1882, que es el año en que aparece otorgado el indicado testamento, el cual, como se ha expresado, lleva la fecha de 28 de Setiembre de 1882.

De nada sirve tal documento para probar en sentido contrario de lo que hace presumir el carácter de la enfermedad de D<sup>a</sup> Tomasa, en su avanzada edad, con la enunciaci6n contenida en él de que ésta conservaba su capacidad, habiendo manifestado el Escribano que consideraba á la otorgante persona hábil para el acto que se trataba de celebrar ; por cuanto este funcionario no tiene misi6n legal para decidir sobre ese hecho y constatarlo ; pues la suya se limita exclusivamente á certificar y dar fe de lo que pasa en su presencia.

Entre tanto, el médico Dr. D. Pedro A. Mallo, que asistió á D<sup>a</sup> Tomasa, despues del primer ataque, en todos los que tuvo sucesivamente hasta su fallecimiento, apreciando el estado moral de la enferma por la época en que aparece haber otorgado el testamento, opina que no se encontraba en aptitud de celebrarlo conscientemente, de un modo legal y válido, porque su inteligencia se habia debilitado con las enfermedades.

—

Se ha objetado que en este informe la incapacidad moral ó la insania de D<sup>a</sup> Tomasa, á que se llega por resultado, no se deduce concluyentemente de los principios médicos que se invocan y de los hechos que se establecen ; al menos el que dicha incapacidad, aunque al fin debiera producirse necesariamente, se hubiese producido ya de hecho, por la época en que se otorgó el testamento, en la cual el Dr. Mallo no asistía ni examinó á la enferma.

De todas maneras y aunque para fundar su opinion este facultativo solo alegue consideraciones generales, es sin embargo la mas autorizada, pues aquel era quien poscia mas datos, y se hallaba en mejor aptitud para juzgar de las fa-

cultades físicas é intelectuales de la enferma en la época expresada, sino era con evidencia, con certidumbre moral por lo menos.

---

También se ha objeccionado la forma en que ha sido examinado este facultativo, lo mismo que los Doctores Alvarez y Reynal, que antes que el Dr. Mallo habian asistido á la enferma, por que, cuando en un juicio hay necesidad de consultar sobre puntos técnicos la opinion de peritos, esta diligencia, por la Ley de Procedimientos, tiene determinada una forma especial en que intervienen ambas partes y se adoptan precauciones para garantir la imparcialidad de aquellos.

Esta objeccion no tiene fundamento sólido, por mas que se haya insistido en ella, pues manifestamente la indicada forma no es aplicable á los peritos que habiendo intervenido antes que el juicio se iniciara, por razon de su oficio, en algun hecho que conviniese analizar mas tarde científicamente, hubiese necesidad de consultarlos : no pudiendo en tal caso ni prescindirse de sus conocimientos, ni ser reemplazados esos peritos por otros, que no se hallarian seguramente en las mismas condiciones.

Así, en una causa criminal si no siendo posible la autopsia del cadáver, se tratara de constatar legalmente que alguna persona hubiese fallecido de una herida que recibiera, nada tendria de irregular ó ilegítimo solicitarse informe de los facultativos que la asistieron : pues que su intervencion en el juicio vendria á ser necesaria é indispensable, sin que fuese posible subrogarla por la de otros cirujanos arbitrariamente designados ó nombrados de comun acuerdo.

Además, la opinion del Dr. Mallo, conviniendo y armonizando perfectamente con los antecedentes suministrados por los doctores D. Nicomedes Reynal y D. Teodoro Alvarez, que asistieron á la enferma en el primer ataque, no hace



otra cosa que confirmar las indicaciones del sentido comun y de la experiencia constante ; siendo en seguida apoyada á su vez por muchas personas dignas de crédito, que deponen positivamente, y de ciencia cierta, sobre el estado permanente de completa incapacidad en que quedó D<sup>a</sup> Tomasa despues del ataque que tuvo en Febrero de 1882.

---

Se ha observado en contrario, que la pregunta dirigida sobre esto á los testigos no era bastante clara y precisa: habiendo podido por lo mismo dar márgen á equivocaciones ; pues no determinaba si la incapacidad que se suponía en la enferma, era física ó moral ; pero admitiendo que esto sea así, y que algunos testigos hubiesen tomado efectivamente la pregunta en el primer sentido, debe notarse que ambas se relacionan íntimamente ; porque con dificultad podría admitirse la completa integridad intelectual de una persona bastante anciana y de todo punto imposibilitada físicamente, por repetidos y violentos ataques apopléticos. .

El Dr. Mallo afirma tambien en su citado informe, con los mismos visos de verosimilitud, que su enferma habia perdido el uso de la palabra, en términos que á su juicio no habría podido dictar el testamento que se le atribuye; lo cual presentándose en el caso como consecuencia natural de los diversos ataques sufridos á la edad avanzada de D<sup>a</sup> Tomasa, es apoyado asimismo por las declaraciones de los mencionados testigos citados en la sentencia de 1<sup>a</sup> Instancia.

Segun estas efectivamente, y como se ha referido, despues del ataque que sufrió en Febrero de 1882, D<sup>a</sup> Tomasa vino á quedar en un estado permanente de incapacidad, sin poder hablar, y no produciendo la voz sino sonidos inarticulados é incomprensibles para cualquiera, que no fuese D<sup>a</sup> Rosa Scavino que la atendia de inmediato, y le servia



de intérprete ; lo cual no permite admitir que la misma testadora haya dictado sin embargo, las disposiciones de su testamento.

Así lo enuncia, es verdad á su propio nombre, el Escribano autorizante, dando fe de que D<sup>a</sup> Tomasa dictó verbalmente sus disposiciones : pero, poco antes daba tambien fe de que dicha señora era persona hábil, lo que no sucedia seguramente ; y lo que es mas, porque en aquello pudo equivocarse, de que la conocia, cuando segun resulta de su propia declaracion, esto no era cierto, pues entonces la veia por primera vez.

Entre tanto el referido aserto es desmentido positivamente por uno de los testigos instrumentales, D. José Ferretti, que sin embargo de hallarse presente al otorgamiento del testamento, declara no haber escuchado tal dictado de la otorgante, sino únicamente la palabra *sí*, á cada cláusula del testamento que iba leyendo dicho funcionario.

No sin razon se observaria que el indicado testigo no podria declarar válidamente, contra el contenido de un documento que el mismo habia suscrito, por mas que la enunciacion en él contenida, de haber dictado la testadora sus disposiciones, se encuentre redactada á nombre solo del Escribano, segun se ha notado : y ademas, podria alegarse tambien que la declaracion de este testigo resulta en oposicion con las de los otros testigos instrumentales : pero tendriamos en todo caso, sobre el hecho de que se trata, el reconocimiento y la confesion de la demandada.

D<sup>a</sup> Rosa Scavino en efecto, absolviendo posiciones, que le fueron propuestas por el demandante, declaró sobre el particular, que el Escribano llevó ya redactado y escrito el testamento, el cual se firmó inmediatamente : y si bien variando luego y contradiciéndose, manifestó que D<sup>a</sup> Tomasa lo dictó al Escribano, dijo tambien que no sabe si fué escrito en conformidad á las instrucciones de la testadora : lo que ciertamente no podria decir, si habiéndose encontrado presente al otorgamiento, como sucedió realmente, allí







mismo la testadora hubiese dictado el testamento, en su presencia, al Escribano, y este lo hubiese leído despues, aprobándolo D<sup>a</sup> Tomasa : de lo cual se infiere claramente, que en realidad no hubo tal dictado.

Comparando el mérito de la escritura del testamento, aunque pública, del cual resultaría que la otorgante conservaba espedito el uso de la palabra, con el valor del informe del Dr. Mallo en sentido contrario y de las diversas declaraciones que lo confirman, no se debe trepidar en atribuir á estos datos mayor eficacia probatoria, que al mencionado documento sospechosísimo por muchas razones.

---

Respecto al Escribano, consta que faltando á sus deberes y declarando con inexactitud, dió fe de que conocia á la otorgante, cuando en realidad la veia por primera vez. D<sup>a</sup> Rosa, en todos los hechos concernientes al otorgamiento, se contradice á cada paso y de un modo manifiesto ; y Buffa, que practicó todas las diligencias para que aquel se verificase, aparece interesado en el asunto.

El testamento contiene evidentemente indicaciones falsas sobre la edad de la otorgante y el origen de los bienes que poseia, y disposiciones estrañas por no decir extravagantes, en que se desheredaba á un hermano, con quien no solo se conservaba la otorgante en la mejor armonia, viviendo juntos, sino del cual habia hecho plena confianza, entregándole la administracion de todos sus intereses, que éste desempeñaba gratuitamente.

En fin, los testigos, extranjeros todos, de una misma nacionalidad, la de Buffa, que es italiana, eran personas desconocidas á la testadora, pues vivian en barrios remotos: y se contradicen tambien sobre muchas circunstancias del otorgamiento, como la hora en que tuvo lugar, el tiempo que



duró, el asiento que durante él ocupaba la otorgante, y aun sobre las personas que se encontraban presentes.

Tales son, Exma Cámara, las principales consideraciones que surgen de la causa, y que demuestran con claridad la justicia de la resolución apelada, en que se declara nulo el mencionado testamento de D<sup>a</sup> Tomasa Bento de Scavino: y que inducen también al esponente á solicitar la confirmación del fallo recurrido.

---

En los considerandos de la sentencia se alega también como causa de nulidad del testamento, la circunstancia de no haber sido estrito en el protocolo por el mismo Escribano que lo autorizó, sino por un escribiente dependiente suyo, hecho reconocido por aquél y que ha dado origen á una larga discusión sobre si causa ó no nulidad: pues el punto se encuentra crizado de dificultades.

Es indudable que la legislación Española prescribía que el protocolo fuese llevado de letra del Escribano á quien pertenecía: y es cierto también que el Derecho Francés requiere que el testamento sea escrito por el Escribano á quien se dicta.

En fin, nuestro Código Civil al declarar que las escrituras públicas deben ser hechas en el protocolo, por el mismo Escribano, parece escluir toda intervencion estraña en los libros de Registro, exigiendo que aquel los lleve personalmente.

A pesar de esto el Fiscal no encuentra bastante fundamento para considerar la indicada circunstancia de que el protocolo vaya escrito de letra del Escribano, como forma esencial á su validez, desde que especificándose en el Código, tanto sobre las escrituras públicas en general, cuanto especialmente respecto á los testamentos, las formalidades cuya omision produce nulidad, entre éstas no se hace mencion alguna de aquella circunstancia.

El esponente habria deseado, si se lo permitieran sus múltiples ocupaciones, traer nueva luz sobre este punto tan debatido; pero habiendo versado la discusion entre abogados sumamente ilustrados, que han fundado estensísimamente sus respectivas opiniones, sin omitir cosa alguna que pudiera favorecerlas, aquella se encuentra casi agotada; y por otra parte no atribuye en el caso al indicado punto toda la importancia que se le ha dado, no creyendo decisiva ni concluyente en él, la resolucíon que éste pueda tener por la razón antes expresada.

No terminará el Fiscal sin llamar la atención de V. E. sobre la conducta del Escribano autorizante del testamento en cuestion, el cual al dar fe del conocimiento de la otorgante, sin conocerla en realidad pues la veía por primera vez, y sin exigir tampoco informacion de testigos con que se acreditase la identidad de la persona, ha faltado á los deberes de su oficio (art. 198 y 201, de la Ley Orgánica); correspondiendo por consiguiente, penársele en conformidad á lo dispuesto en el art. 203, de la misma ley.

Buenos Aires, Abril 27 de 1886.

---

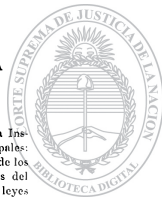


## VISTA XIV

### DENUNCIA DE LOS TERRENOS DE LA ENSENADA

#### SUMARIO:

Relacion del caso, resumen de la discusion y sentencia de primera Instancia—Exámen de esta resolucíon, contraido á cuatro puntos principales: nulidad del testamento de doña Maria Ascension Paez; prescripcíon de los terrenos cuestionados; confusíon de los derechos del Fisco con los del demandado; naturaleza de la accíon y objeto del juicio—Por las leyes Recopiladas se prescribía, so pena de nulidad, la lectura de toda escritura pública antes de firmarse—Esta disposicíon comprendía el testamento hecho ante escribano—Dicha lectura y en general la forma de un acto jurídico, debe constar de su propio contexto—En caso contrario no se presume su observancia, ni es admisible prueba extrínseca al respecto—La nulidad del testamento afectando el órden público, proviniendo de disposicíon expresa y siendo manifiesta, debe considerarse absoluta—Formas en que se ha alegado la prescripcíon—Exposicíon de sus principios inaplicables al caso en cuestíon—La prescripcíon supone que el enagenante no ha sido el verdadero dueño, mientras que doña Maria Ascension era legítima dueña—La prescripcíon requiere un título tal, que si hubiese emanado del dueño, habria trasmitido el dominio; mientras que el testamento de que se trata, aun emanando de la dueña, no podia transmitir la propiedad—La prescripcíon de diez años no procede con título nulo—La nulidad absoluta en un acto jurídico no puede prescribirse—La prescripcíon extraordinaria de treinta años no procedía con título vicioso, ni sería aplicable á las cosas del Fisco, que requieran cuarenta—La definicíon que el Código Civil hace de la confusíon solo sería aplicable á las obligaciones—Procede también en los derechos reales desmembrados del dominio, cuando se consolidan por su reuníon en la persona del propietario—No hay confusíon, sin embargo, porque el dueño de una cosa recupere su posesíon—El Fisco era dueño de los terrenos en cuestíon, aun antes de que le fueran entregados por Merlo—La necesidad de la posesíon para obtener el dominio no es aplicable á las





adquisiciones por sucesion hereditaria—Corresponden al Estado las cosas sin dueño, mas bien que como heredero, por virtud de sus derechos de soberanía—Por leyes de la Provincia los bienes vacantes corresponden al Consejo de Educacion, y los derechos de éste no pueden confundirse absolutamente con los del Fisco—La accion entablada no ha sido la reivindicatoria, sino la peticion de herencia—De consiguiente, el juicio es sucesorio y universal, teniendo por objeto la herencia—El promover este juicio entraña implícitamente, pero de un modo claro, en la autorizacion conferida al denunciante para reclamar los terrenos de la Ensenada—Su personeria en este sentido se encuentra, ademas, reconocida por resolucion ejecutoriada—Por tanto, mientras no se reconozca la nulidad del testamento y se declare vacante la herencia, ni dicha autorizacion ha caducado, ni puede darse por terminado legalmente el juicio.

*Erma. Cámara :—* § 1° En 1879 D. Felipe Rossi denunció como fiscales ante el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, unos terrenos situados en el partido de la Magdalena, que decia hallarse ocupados sin derecho alguno por D. Luis Merlo. El Departamento de Ingenieros informó en el asunto, manifestando que esos terrenos, desde muchos años atras, habian salido del dominio público ; y el denunciante, aunque reconoció la exactitud de esta circunstancia, expuso sin embargo, que debian retrovertir al Fisco, por haber fallecido la dueña D<sup>a</sup> Maria Ascension Paez, sin herederos legítimos, ni testamentarios, siendo nulo el testamento por el cual el ocupante se decia instituido. En tal virtud Rossi fué autorizado por el Ejecutivo para gestionar judicialmente los derechos del Fisco, concediéndosele el término de dos años por decreto de 20 de Mayo de 1881.

El denunciante se presentó efectivamente en los tribunales ordinarios reclamando los derechos del Fisco, y atacó el enunciado testamento sosteniendo ser nulo, ya porque de su contexto no aparece haber sido leído á la otorgante antes de suscribirse, cuanto porque suponia que de los testigos instrumentales uno no habia firmado absolutamente, y el otro lo habia verificado cambiándose el apellido. Esta exposicion referente á los testigos no se ha justificado legalmente, y debe por consiguiente eliminarse de entre los puntos en



cuestion : lo primero es exacto, y merece por tanto examinarse con atencion.

Pero en 23 de Agosto de 1882 el Gobierno de la Provincia expropió los referidos terrenos, de los cuales entró tambien, desde esa época, en posesion ; habiendo, ademas, entregado á Merlo, al parecer indebidamente, el precio : pues lo mas propio habria sido hacerlo depositar desde que aquellos se hallaban cuestionados ; y así lo solicitaba Rossi, á quien se habian concedido dos años, no vencidos todavia entonces, para gestionar como lo verificaba, los derechos del Fisco ; si bien es verdad que hasta el presente ha transcurrido mucho mas tiempo.

§ 2. Alega pues, el demandado que con esto ha caducado la mencionada autorizacion conferida á Rossi, tanto por haber espirado el plazo que se le señaló para su gestion, como por carecer esta ya de objeto en la actualidad, desde que el Fisco ha adquirido, segun se acaba de exponer, los terrenos cuestionados, de los cuales se encuentra en posesion : habiendo de esa manera verificándose {confusion de sus derechos con los del enagenante, y terminado así ó por lo menos, debiendo cesar legalmente el pleito.

Alega tambien que la falta de lectura de un documento público, antes de suscribirse, no lo anula, ni puede tampoco deducirse del hecho solo de no mencionarse en él ; en cuya consideracion aquella nulidad, en todo caso, no seria absoluta, ni podria declararse de oficio ó á solicitud del Ministerio Público, cuando la personeria del demandante ha concluido : en fin, que la nulidad por la causa expresada no seria aplicable á los testamentos, que por la antigua legislacion, bajo cuyo imperio se otorgó el de que se trata, tenian determinadas formas especiales.

Por último, la parte de Merlo se acoge subsidiariamente á la prescripcion, sosteniendo que aunque el testamento que le ha servido de título de propiedad fuese nulo realmente, segun se pretende, por vicio sustancial de forma, era sin em-

bargo, suficiente para la prescripcion ordinaria, acompañado de una larga posesion como la que ha ejercido : en cuyo tiempo, por lo menos, la accion habria espirado ; y cuando así no hubiese sucedido, se habria verificado sin duda alguna la prescripcion extraordinaria de treinta años.

§ 3. En cuanto á la caducidad de la autorizacion conferida á Rossi por el vencimiento del término que le señaló el Ejecutivo Provincial para gestionar los derechos fiscales, el Juez *á quo* no la admite, observando con razon que atendida la naturaleza del asunto que se le encomendaba, á saber, el sostenimiento de un pleito, cuya duracion es indefinida y muchas veces no depende de las partes, el indicado término de dos años no puede considerarse juridicamente, plazo resolutorio.

Acepta empero la revocacion de dicha autorizacion por cuanto no teniendo mas objeto que el de hacer retrovertir los expresados terrenos al Fisco. éste los ha adquirido ya y entrado en posesion : de manera que sus derechos se han confundido efectivamente con los del demandado : y el pleito debe cesar por falta de materia, como porque se hace imposible el ejercicio de la accion deducida.

Entrando sin embargo, al fondo de la cuestion, declara que el no haberse consignado en el testamento de que se trata: su lectura á la testadora antes de firmarse, segun las leyes que regian cuando se otorgó, no producía nulidad absoluta y que en todo caso el demandado habiendo poseído mas de treinta años los terrenos cuestionados, á saber, desde 1850 hasta 1882, sin que bastase á interrumpir la prescripcion la denuncia de Rossi ante el Ejecutivo, aquella se habria consumado.

Cuatro son de consiguiente, los puntos que incumbe al Fiscal dilucidar, para indagar el acierto ó el extravío de la resolucion apelada, y demostrar al mismo tiempo lo que corresponde en justicia, segun el mérito de la causa y en conformidad á las disposiciones legales, que rigen las materias



sobre que versa la discusion : nulidad—prescripcion—confusion—naturaleza de la accion y objeto del juicio.

1

**NULIDAD DEL TESTAMENTO**

§ 4. La ley 13, tít. 25, lib. IV, R. C. hablando en general de la forma de las escrituras públicas, ordenaba expresamente, que despues de redactadas y escritas en el protocolo, antes de suscribirse, el escribano las leyera á los interesados y testigos para saberse si aquellos estaban conformes, so pena de nulidad.

Despues de prevenir la lectura y demas formalidades que establecia, dicha ley terminaba así : — « Que se haga todo lo susodicho, so pena de que la escritura que de otra manera se diere signada, sea en sí ninguna, y el escribano que la hiciera, pierda el oficio : y dende en adelante sea inhábil para haber otro, y sea obligado á pagar á la parte el interés. »

De aquí es que los expositores repiten uniformemente esa doctrina, no pudiendo ignorar en manera alguna aquella disposicion. —Tapia menciona entre los requisitos que han de concurrir para que los instrumentos públicos autorizados por escribano hagan fe en juicio, « que éste despues de leerlos á los otorgantes, y estando ellos conformes, los autorice con su firma y signo, el cual basta se ponga en las copias y no en el protocolo, pues éste no se signa hasta el fin del año. » —Tomo V, N° 20, páj. 189, Edic. de Madrid.

«Para que el instrumento público, dice Eseriche, sea tenido por auténtico y arreglado á la ley, se requieren las circunstancias siguientes : Que hecho el escrito se lea por el escribano á los otorgantes y á los testigos ; y conformándose aquellos con su redaccion, lo firmen con sus nombres y apellidos.» —Dic. de Leg. y Jurisp., palabras : « Instrumento público. »

En fin, Goyena dice : « Extendido el instrumento público







y salvadas las enmiendas, ha de leerse á las partes para su ratificacion y autorizacion con sus firmas, nombres y apellidos y la del escribano. Este debe ponerle y conservarle en el libro de protocolos y registro, y no dará copia signada del instrumento sin haber firmado y signado el original, bajo la pena de perdimiento de oficio é inhabilidad perpétua, nulidad de la copia y obligacion de resarcir daños y perjuicios.—Febrero, Reformado, tom. IV, páj. 54. N° 433.

§ 5. El demandado no niega, al parecer, de un modo absoluto, que con arreglo á las LL. Recopiladas fuese formal esencial de las escrituras públicas su lectura á las partes por el escribano en presencia de los testigos: pero sostiene al mismo tiempo que eso no era aplicable á los testamentos, observando que éstos tenían determinadas formas especiales.

Segun las leyes que regian cuando se otorgó el testamento en cuestion, no era indispensable testar ante escribano, y aun podia verificarse de un modo puramente verbal, pero si aquel intervenia, siendo entonces el testamento una escritura pública, debia observarse todo lo dispuesto en general para esta clase de instrumentos, en lo que no se hallase determinado de otra manera.

A mas de que, á no prevenirse de un modo expreso lo contrario, esta doctrina se deriva naturalmente del principio de que lo particular se contiene en lo general y la especie en el género, la enseñan tambien sin discrepancia alguna los autores, cuyos fundamentos son muy sólidos y razonables.

Goyena, explicando el art. 565, de su proyecto, que se refiere al testamento autorizado por escribano, dice: « Siendo el testamento un instrumento público, claro es que en todo lo que no expresa este artículo, habrá de arreglarse á lo dispuesto por las leyes para aquella clase de instrumentos ».—Concordancias, tom. II, páj. 21.

Es cierto que en las disposiciones de última voluntad, por ser ellas mas importantes y mas expuestas á fraude, aun



era mas estricta la observancia de las formas, y estas se hallaban aumentadas bajo varios respetos : pero en todo lo demás, cuando se testaba ante escribano, debia observarse lo dispuesto acerca de las escrituras públicas, y las omisiones que en estas anulaban el documento, viciaban igualmente el testamento ó codicilo.

Hemos visto que tal sucedia en aquellas con la omision de su lectura á los otorgantes : y otro tanto debe decirse de la omision de esta formalidad en las disposiciones de última voluntad autorizadas por escribano, mucho mas desde que para esto existia manifestamente igual ó mayor razon.

En general, la lectura de los documentos por el escribano antes de suscribirlos, es siempre indispensable, porque al escribirse pueden haberse cometido descuidos ó errores que haya necesidad de salvar, y sin ella ni el otorgante ni los testigos podrán cerciorarse, de que lo que se hubiese escrito fuese exactamente lo que se queria consignar, no siendo difícil el que por equivocacion ó de mala fe, se hubiese puesto otra cosa muy diversa.

Lo mismo puede ocurrir por cierto en el otorgamiento de un testamento, y en él por consiguiente, no es menos necesaria ni menos esencial su lectura al tiempo de firmarse, que en las demas escrituras públicas ; antes bien, es evidente que cualquier error seria de mas trascendencia y sobre todo, mas irreparable.—C. C., art. 3658.—C. N. art. 973.—Proyecto de Goyena, art. 565.

§ 6. Los autores están pues conformes, tanto acerca de la necesidad de la lectura, en los testamentos como parte esencial de su forma, cuanto en la de hacerse mencion en su contexto del cumplimiento de esa formalidad, no menos que sobre la nulidad que resultaria por consecuencia, de la omision de la lectura, lo mismo que de la que se refiere á la mencion de haber tenido lugar ésta : recorramos ligeramente algunos, omitiendo infinitos mas, que facilmente podrian aducirse.



« Ya sea que el testamento, dicen Aubry y Rau, haya sido recibido por uno solo ó por dos notarios, debe darse lectura de él en presencia de los testigos ; y la lectura debe comprender todo el testamento. . . . . Este debe contener mencion expresa del cumplimiento de cada una de las formalidades indicadas (dictado, escritura y lectura)».—Derecho Civil Francés, tom. 7º, § c. d., páj 12º.

« Si el testamento, dice Zachariæ, ha sido recibido por un solo notario, debe igualmente ser dictado por el testador y escrito por él ; en ambos casos éste debe dar lectura de él al testador en presencia de los testigos ; y es necesario hacer mencion expresa en el testamento de la observancia de estas formalidades ».

Los anotadores ilustran el punto previniendo que : « No hay términos sacramentales para hacer mencion de la lectura del testamento, bastando que esta mencion se exprese en términos claros y precisos ; mas no se la podría hacer resultar de verosimilitudes, probabilidades ó inducciones ». — Tom. III, § 439, páj. 108.

Marcadé expone de esta manera el punto que nos ocupa: —« Una vez que el acto ha sido redactado por el notario, tal como se le ha dictado por el testador, debe dársele lectura en presencia de los testigos, á fin de que todo el mundo se cerciore de que se ha reproducido exactamente su pensamiento ; y si fuese preciso, aquel puede hacer cambiar las expresiones que no respondan bien á sus ideas ».

« La última formalidad exigida por nuestro artículo, continúa el mismo autor, consiste en la mencion del cumplimiento de las otras. La necesidad de esta mencion contribuye á garantizar la ejecucion de todo el artículo : pues coloca al notario en la alternativa de llenar realmente las diversas formalidades, ó de cometer un delito de falsedad, atestando falsamente su cumplimiento ». — Explicacion del Código, tom. IV, páj. 19. N.ºs 3º y 4º.

En fin, el ilustrado Dr. Moreno, citado por el Agente Fiscal, sobre la necesidad para su validez de la lectura, del



testamento antes de suscribirse, la explicaba en estos términos: «Un testamento firmado sin que conste su lectura al testador y testigos, no puede suministrar la prueba de que contiene la manifestacion genuina y exacta de la voluntad del otorgante, ni del conocimiento y conciencia de los testigos sobre el acto que autorizan ».

« La ley ha querido asegurar y comprobar, en cuanto es posible, aquella manifestacion y este conocimiento, agregando una circunstancia mas *á la lectura que ordena la Ley Recopilada*, la de que los testigos vean al testador, es decir, se persuadan de que el documento que suscriben contiene las disposiciones cuya lectura han escuchado, y la manifestacion de la voluntad del que lo otorga ».—Revista de Leg. y Jurisp., tom. VII, pág. 27.

§ 7. Sostiene el demandado que por lo menos la nulidad proveniente de la omision de la lectura en el otorgamiento de un testamento, no seria manifiesta ni absoluta, tal que pudiera ser declarada de oficio por el juez ó á peticion del Ministerio Público, siendo asi que en el caso presente, la autorizacion del demandante para solicitarla ha caducado yá, por las razones que antes se han indicado.

Debe observarse sin embargo, á este respecto, que no solo la parte de Rossi ha solicitado la nulidad del testamento en cuestion, sino que la ha pedido tambien el Agente Fiscal, el cual pudiera hacerlo con perfecto derecho, aunque solo se tratase de una nulidad relativa, por cuanto en el caso *sub judice* no interviene únicamente en defensa del orden público, sino tambien de los intereses privados del Fisco ó del Consejo de Educacion.

Ademas de que la ley pronunciaba expresamente, segun hemos visto, la nulidad de la escritura pública, á cuya clase pertenece el documento en cuestion, si en el otorgamiento se hubiese omitido su lectura, la forma de los testamentos se considera que afecta al orden público, estando inte-



resados todos los ciudadanos y aun los extranjeros, en que tales disposiciones no puedan falsificarse con facilidad.

Siendo la lectura del testamento parte esencial de su forma; y no mencionándose en el contexto del que examinamos, cuando la observancia de todas las formas debe constar del mismo documento, y lejos de presumirse en caso contrario, ni siquiera sería admisible prueba externa á este respecto, síguese que el vicio de forma resulta del mismo documento y que de consiguiente es manifiesta su nulidad. —C. C., art. 1627.

La doctrina de la cual deducimos esta consecuencia está apoyada, como acabamos de verlo, por las opiniones de los autores que hemos transcripto, entre ellos Zachariæ; y la enseñan también Toullier, tom. V, N° 362, y Merlin, Repertorio, verbo Testamento, sec. 2ª, § 2º, art. 4º, N° 2º, el primero de los cuales se expresa así :

« La prueba de la observancia de la formalidades prescritas para el testamento, debe resultar de su propio contexto. El testamento no es solamente un medio de probar cual fuese la última voluntad del testador, sino que constituye esa misma voluntad de su autor. La prueba de la observancia de tal ó cual formalidad, no es, por tanto, admisible si no resulta del mismo acto testamentario ».—Derecho Civil Francés, tom. III, § 433, páj. 85.

§ 8. Es, pues, improcedente é inaceptable en el caso, la observacion que se hace en contrario, de que por mas que en dicho testamento no se mencione su lectura al testador en presencia de los testigos, es muy posible, sin embargo que esta se haya verificado; y que así debiera presumirse, porque mientras no conste lo contrario, es razonable suponer que el escribano haya cumplido sus deberes; fuera de que una cosa es el que estuviese ordenada la lectura, y otra muy diversa el que ésta debiera hacerse constar precisamente en el testamento.

En efecto, es posible que éste se hubiese leído, aunque por



olvido ú otra causa, no se consignase haber tenido lugar la lectura ; pero debiendo la observancia de la forma prescripta, para un acto jurídico, aparecer y constar por el mismo instrumento, sin ser admisible prueba externa que vendría a desvirtuar aquella completamente, síguese que no constando la lectura debe procederse en el sentido de que no tuvo lugar, y es aplicable al caso este principio : *de his que non aparent, perinde judicandum, ac de his que non sunt.*

Si la forma de un acto jurídico escrito debe aparecer y resultar de su propio contexto en términos de escluirse cualquier prueba extrínseca, con que se pretendiera suplir en caso contrario su falta de mencion, es claro que la observancia de aquella no se presume, pues de otra suerte inútil sería el consignarla, y absurdo el rechazar una prueba que solo se aduciría voluntariamente y á mayor abundamiento, en apoyo de una presuncion legal ; de lo cual se sigue que por el hecho solo de no haber consignado el escribano la indicada circunstancia, sería ya constante que faltó á sus deberes.

## II

### PRESCRIPCION ADQUISITIVA Y LIBERATORIA

§ 9. Como la dueña de los campos en cuestion D<sup>a</sup> María Ascension Pacz, á quien el demandado considera su causante, y por quien pretende haber sido instituido heredero válidamente, en el testamento de que se trata, falleció el 15 de Enero de 1850, y de consiguiente, hasta 1881 en que se entabló la demanda, habian transcurrido mas de treinta años, sostiene hallarse anparado por la prescripcion que alega en tres diversas formas :

1<sup>a</sup> La ordinaria de diez años, que corresponde al que asistido de justo título y buena fe ha poseido entre presentes una finca por ese espacio de tiempo, con arreglo á lo dispuesto en la L. 18, tít. 29, Part. 3<sup>a</sup>.



2ª La de la accion con que se pudiera reclamar la nulidad del testamento : porque siendo personal esta accion, todas las de esa clase se prescribian por veinte años, segun la L. 6ª, tit. 15, lib. IV, R. C.

3ª En fin, la extraordinaria de treinta años que ni siquiera requiere título ó buena fe ; pues como quiera que el poseedor hubiera obtenido la cosa, en tanto tiempo se hacia dueño de ella por la L. 21, tit. 29, P. 3ª.

§ 10. Al entrar á examinar esta materia, séale permitido al Fiscal recordar en general los principios que basan la prescripcion ; pues que no puede menos de hacer notar que se les invierte completamente, tratándose de darles aplicacion al caso presente, que no la admite en manera alguna, hallándose muy distante y siendo muy diverso del de la hipótesis que ha dado origen á la institucion.

Segun Justiniano y segun la doctrina constante sobre la materia, en Jurisprudencia, la prescripcion tiene lugar cuando alguno recibe con buena fe una cosa de otro á quien consideraba dueño, pero que no lo era en realidad, mediante un título justo en sí mismo y hábil para trasmitir el dominio.

En tal caso, aunque no pudiendo nadie transferir un derecho que no tiene, el que recibe la cosa y entra á poseerla no se hace dueño inmediatamente, se pone al menos en aptitud de llegar á serlo por la continuacion de la posesion durante cierto tiempo, esto es, por prescripcion.

Como se vé, ésta se refiere únicamente á la enagenacion procedente del que no era verdadero dueño ; y por consiguiente, en el momento que se suponga lo contrario, es decir, que el enagenante era el dueño legítimo cual sucede en el caso presente, en que nadie pone en duda que los terrenos pertenecian realmente á la finada Dª Maria Ascension Paez, desde luego la prescripcion no puede tener lugar.

§ 11. El título para que pueda producir la prescripcion,



debe ser tal, que si hubiera emanado del verdadero dueño, habria transmitido inmediatamente el dominio de la cosa al adquirente : si pues el título de que se trata, el testamento, á pesar de emanar de la dueña de los terrenos, no hubiese transmitido su propiedad, no seria hábil como lo requiere la prescripcion, ni habria podido por lo mismo originarla.

La propiedad de los terrenos y demas bienes de la herencia no habrian dejado de trasmitirse al demandado porque la testadora no fuese su verdadera dueña, que es el único caso en que puede tener lugar la prescripcion adquisitoria, pues que lo era realmente, sino por deficiencia ó inhabilidad del título, á saber, el testamento: sin embargo, contra los principios expuestos, se pretende hacerlo valer para prescribir los bienes comprendidos en la sucesion.

Esto es una equivocacion manifiesta : si el testamento de que se trata fuese nulo, cual lo es efectivamente por vicio de forma; como lo que por Derecho es nulo no puede producir efecto alguno : « quod de jure nullum est, nullum sortitur effectum », no habria podido, es claro, producir la prescripcion, que no dejaria de ser un resultado positivo é importante.

Si el testamento es nulo, no puede ser al mismo tiempo un título hábil : desde que nulidad y habilidad son cosas implicantes y que se excluyen : si fuese nulo, no seria hábil, porque la habilidad necesariamente tiene que ser condicion de lo que es algo, segun el principio filosófico, « nullius entis, nullæ sunt qualitates ».

De la misma manera que no habria sido capaz de transmitir legalmente al heredero instituido la propiedad de los bienes comprendidos en la herencia, por mas que éstos hubiesen pertenecido á la testadora, habria carecido tambien de eficacia para colocarlo en aptitud de prescribir, al menos en diez años, lo cual requiere un título válido, que justifique la buena fe del poseedor.

§ 12. « El justo título para la prescripcion, dice el doctor





Velez es todo título que tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad, estando revestido de las solemnidades exigidas para su validez, sin consideración á la condición de la persona de quien emana ». Poco antes acababa de declarar también « que el vicio de forma en el título de adquisición hace suponer mala fe en el poseedor ». — C. C. artículos 1004 y 5.

Recordemos ahora algunos conceptos con que el autor del Código ilustra estas doctrinas, que ciertamente son capitales en el caso de que se trata. — « Las nulidades de forma, dice, privan al acto de su existencia legal, y hacen que el poseedor no pueda creerse propietario. Son vicios visibles y extrínsecos; y nadie puede ignorar la ley sobre las formas esenciales de los actos jurídicos ».

« Es, pues, justo título todo acontecimiento que hubiese investido del derecho al poseedor, si el que lo ha dado hubiera sido señor de la cosa ». Luego en el mero hecho de que se suponga, contrayéndonos al caso, *sub judice*, que habiendo sido la testadora dueña de los terrenos en cuestión como lo era realmente, el testamento sin embargo, no hubiera transmitido la propiedad al heredero instituido, resultaría que tampoco era título suficiente para prescribirlos.

« La existencia de título, agrega mas adelante el mismo Dr. Velez, es una condición sustancial de la prescripción. Un título destituido de las formas esenciales, no es título, y nada puede probar. El tenedor de un título tal no puede tener en su derecho, una confianza firme y completa, sobre la cual reposa la prescripción, y por eso hemos establecido que un título nulo por vicio en la forma no puede crear la buena fe del poseedor » .... — Véanse las notas á los arts. 1009, 10 y 12, del C. C.

§ 13. En cuanto á la prescripción de la acción por el trascurso de veinte años, al invocarla el demandado, no ha reflexionado seguramente que solo se necesita acción para



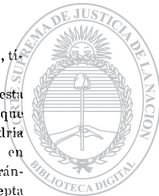
rescindir los actos anulables pero aparentemente válidos, porque tratándose de nulidad absoluta y manifiesta, no se requiere un juicio que la declare; pues la ley misma la pronuncia, y procede *ipso jure*, bastando por consiguiente alegarla ú observarla: y aun sin esto, el Juez cumpliendo su deber, resolverá sobre ella de oficio.

No existe por tanto tal prescripcion de nulidad absoluta por vicios de forma, ni de una accion especial que no se conoce porque no seria necesaria. El documento privado de enagenacion de una finca, una escritura publica sin fecha ó un testamento con un solo testigo, serán perpetuamente nulos: y por cierto seria absurdo imaginar que despues de algun tiempo mas ó menos largo, no pudiendo ya reclamarse su nulidad, llegasen á ser válidos.

Actos semejantes no pueden ratificarse, expresamente sino que deben rehacerse, empleándose la forma prevenida; ni tácitamente por renuncia de las acciones privadas, con dejarse transcurrir cierto tiempo sin reclamar el derecho á que se refieren.

Por eso en el Código Civil, solo se trata de la prescripcion de la accion para decir de nulidad, cuando ésta es relativa; y en la antigua Jurisprudencia era tambien regla establecida é inconcusa, que un acto vicioso desde su origen, no podia revalidarse por el transcurso del tiempo: *quod ab initio vitiosum est, non potest tráctu temporis convalescere*.—L. penúlt. D. de Reg. Juris.

§ 14. Aunque es verdad que por sí sola la posesion de treinta años, haciendo presumir el título, y con este la buena fe, bastaba para prescribir, sin necesidad de probar aquel, es mas que dudoso sin embargo, el que esta misma prescripcion procediese, á pesar de que el título resultase vicioso, opinando por la negativa la mayor parte de los autores, de donde viene el proverbio: *Satius est non ostendere titulum, quam vitiosum exhibere*.—Esrich, Dic. v. *Título*—Sala, Ilust.



al Derecho Real, tom. I, páj. 140, N° 5°.—Murillo, lib. II, título 26, N°s 241 y 42.

Lo que no admite duda es que siendo inaplicable esta prescripcion á las cosas del comun, de las ciudades, aunque perteneciesen al dominio privado, de ningun modo podria considerarse suficiente respecto á las cosas del Fisco, en que algunos autores la rechazan absolutamente, considerándolas imprescriptibles de todo punto ; y que ninguno acepta por menos de cuarenta años.—L. 7, tit. 29, P. 3°.

Nuestras leyes no distinguian tampoco, como lo hacian los Romanos, entre bienes vacantes, pero aun no denunciados, que debian revertir al Fisco, de los que no hubiesen salido todavia de su patrimonio : y puesto que para la prescripcion de tierras baldias no repartidas, se requerian cuarenta años, segun lo prueba el Dr. Escalona citando las Reales cédulas de 8 de Marzo de 1589, 1° de Noviembre de 1591 y 17 de Mayo de 1631 ; y aduciendo ademas la autoridad de Zolórzano, Covarrubias, Matienzo y Gregorio Lopez, Gazofilacio : — Lib. I, cap. 25, N° 57,—no hay razon para admitir, cual lo hace sin fundamento alguno la sentencia apelada, la prescripcion de dichos bienes vacantes, como lo son sin duda de ningun género, los terrenos de la Ensenada, en menos tiempo.

### III

#### CONFUSION Y CONSOLIDACION

§ 15. Pasemos á ocuparnos de la confusion que se dice haberse verificado de los derechos del Fisco que gestiona el demandante, con los del demandado sobre los terrenos cuestionados de la Ensenada que éste ha vendido al Estado ; mediante lo cual, segun se sostiene, el litis actual ha quedado sin objeto ; pretendiéndose tambien haber caducado la autorizacion que para reclamarlos, habia recibido el demandante.



Habr<sup>á</sup> confusion, segun el art. 862 del Código Civil, cuando se reuna en una misma persona la calidad de deudor y acreedor : pero como los derechos reales son absolutos, y no existe en ellos acreedor ni deudor, porque no hay obligacion que corresponda á derechos reales, parece que segun esta definicion no podria en ellos verificarse confusion.

Sin embargo, esta se aplica tambien en Jurisprudencia á la consolidacion de cualquiera de los derechos reales comprendidos en el dominio pleno, y que accidentalmente se hubiese desmembrado, al reincorporarse de nuevo por su reunion al dominio, concurriendo ambos en la persona del propietario.

Asi, cuando el dueño de una finca adquiere el usufructo ú otra servidumbre que la gravaba : ó bien compra ó se hace cesionario de un crédito hipotecario que pesaba sobre ella ; ó vice-versa, el acreedor hipotecario adquiere la finca que servia de garantia á su crédito ; ó el dueño del predio sirviente llega á serlo tambien del dominante, tales derechos se extinguen igualmente por confusion. Heinccio, Recitaciones, tom. II, § 406 á 408. Mackeldey, Elementos de Derecho, Rom. § 305, N<sup>o</sup> 2<sup>o</sup> y 341, N<sup>o</sup> 2<sup>o</sup>; C. C., artículos 3181 y 3198.

Pero como la posesion, no obstante que á veces de hecho se separa del dominio, no es un derecho real ( C. C., artículo 2503 ), que pueda desmembrarse de él, pues que siempre ha de pertenecer necesariamente al dueño de la cosa, el cual tendrá derecho á poseerla (art. 2513 ), aunque éste adquiriera de nuevo ó recupere la posesion, no puede decirse con propiedad, ni lo ha enseñado nadie jamas, que en tal caso se verifique confusion.

§ 16. Asi, viéndolo bien, desde que se suponga que el testamento de la finada D<sup>a</sup> Maria Ascencion Paez, era nulo efectivamente ; y que habiendo fallecido sin parientes ó herederos legítimos, en realidad la herencia era vacante, y sus bienes entre los cuales se comprendian los terrenos de



la Ensenada, pertenecian al Estado, el derecho de éste no se habria modificado ni sufrido alteracion alguna por la compra que de ellos hizo á Merlo ; porque el que una vez ha adquirido la propiedad de una cosa por un título, no puede en adelante adquirirla por otro.—C. C. art. 3509.

Podría suponerse quizá que siendo necesaria la posesion para adquirir el dominio, el Estado no era propiamente dueño de los terrenos de la Ensenada antes de entrar en posesion de ellos, y que al menos en este sentido se ampliaba y mejoraba su derecho con la entrega que le hizo Merlo. El mismo demandante parece haber incidido en ese error, inducido tal vez en él por la consideracion de que el Fisco como heredero, necesita ser puesto en posesion de la herencia por el Juez, pues admite que antes de esto no le habrian pertenecido, ni deberian reputarse verdaderamente fiscales los mencionados terrenos.—C. C. art. 3589.

La necesidad de la posesion para la adquisicion del dominio y demas derechos reales, con excepcion de la hipoteca y de ciertas servidumbres, no es aplicable á las sucesiones, en las cuales, aunque requieran á veces, la intervencion de los tribunales, aquellos derechos se trasmiten al heredero y legatario desde la muerte del causante ; y esto, aun cuando fuesen incapaces ó ignorasen que la herencia ó el legado les correspondia, como lo declara el art. 3420, del Código Civil, y lo explica tambien el Dr. Segovia, tom. II, páj. 419, nota 15, al art. 3417.

« El heredero, aunque fuera incapaz, dice el citado artículo, ó ignorase que la herencia se le ha deferido, es sin embargo propietario de ella desde la muerte del autor de la sucesion : » sobre lo cual el Dr. Segovia explicando la causa del efecto retroactivo de la posesion judicial de los bienes hereditarios, al dia de la muerte del autor de la sucesion, se expresa así : « puesto que aun antes de decretarse judicialmente la posesion, todo heredero es propietario de la herencia desde su apertura, aunque fuese incapaz ó ignorase la apertura, ó su llamamiento á la herencia ; y

una vez que haya sobrevivido un solo instante al difunto, la trasmite á sus propios herederos ».

§ 17. Fuera de esto, el derecho con que el Estado reclama los bienes vacantes de una herencia, en defecto de herederos testamentarios y legítimos, no es propiamente el mismo que en su caso corresponde á los particulares, sino el que deriva de la soberanía, por virtud del cual le pertenece todo lo que encontrándose dentro de su territorio, carece de dueño, aunque aquello le sea desconocido, aun antes de tomar la posesion efectiva, y aunque se encuentre, en fin, indebidamente poseido por particulares.

Sin que pueda negarse pues, que la entrega hecha por Merlo al Fisco de los terrenos de la Ensenada, le facilitase el ejercicio de sus derechos, no es exacto con todo, que estos aumentasen ó mejorasen porque se le trasmitiese alguno que no le correspondia, en el cual se operase confusion ó consolidacion con los suyos; teniendo por esto razon el denunciante cuando dice: que aqui no hay mas confusion que la que se ha producido en los principios de la materia, con los argumentos mediante los cuales pretende demostrar-se aquella.

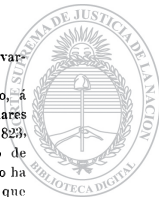
§ 18. Ademas, los bienes comprendidos en la herencia de que se trata, si resultasen vacantes y Fiscales, deberian, por las leyes de la Provincia, aplicarse al Consejo de Educacion, que es persona jurídica y capaz de propiedad, sin que sea razon para no hacerse asi en el caso presente, el que se hayan expropiado por el Estado los expresados terrenos, dado que en casos tales el precio sucede á la cosa.--Mainz, Curso del Derecho Romano, § 117.

Es evidente pues, que el Consejo de Educacion resultaria ó al menos podria resultar perjudicado gravemente en sus derechos, que tienen un objeto sagrado, por no resolverse si la herencia cuestionada es ó no fiscal, desde que si lo fuese realmente, de todas maneras, deberia percibir su va-



lor, sin que se alegue razon alguna atendible para privarlo de él.

Asi como no procede la compensacion contra el Estado, á menos que los créditos y las deudas de los particulares correspondan á una misma reparticion ( C. C., art. 823, inc. 2<sup>a</sup> ), tampoco, aun suponiendo que el objeto único de la cuestion fuesen los indicados terrenos, que el Ejecutivo ha adquirido por compra, podria haber confusion desde que su valor, segun la ley, es aplicable con un fin especial al Consejo de Educacion.



#### IV

#### NATURALEZA DE LA ACCION DEDUCIDA Y OBJETO DEL JUICIO

§ 19. Es cierto que exigiendo por extremos la accion reivindicatoria de una cosa, de parte del demandante el dominio, y de parte del demandado la posesion, si éste llegase á perderla sin fraude ; y mucho mas si aquel la hubiera recuperado, el ejercicio de esa accion vendria á ser imposible, y el juicio habria concluido legalmente.

Es cierto tambien que en el caso presente, durante el juicio el Fisco, que es el demandante, habiendo comprado á Merlo, demandando los terrenos cuestionados de la Ensenada ha adquirido ya, y conserva su posesion : mas no por eso seria legítima la consecuencia de que el juicio deba cesar, á menos que se demuestre el que la accion deducida en él, es la reivindicatoria : lo cual no es exacto, puesto que lo que se ha reclamado es una sucesion.

No es exacto, lo repetimos, que el denunciante haya deducido la accion reivindicatoria, que no era en verdad la que correspondia segun los principios jurídicos y reglas de procedimiento, ni ha sido tampoco la que efectivamente formalizó, es decir, que no habiendo podido suceder esto sino por error, equivocando el demandante las acciones, no ha



ocurrido que haya establecido otra diversa de la que correspondía entablar.

¿ De qué se trataba en realidad ? — No de otra cosa que de la herencia de la finada D<sup>a</sup> Maria Ascension Paez, la cual herencia suponiéndose nulo su testamento, y no habiendo dejado aquella parientes ó herederos legítimos conocidos y en grado sucesible, debía pertenecer al Fisco.

¿Cuál era la accion que correspondía ? — Evidentemente la peticion de herencia *petitio hereditatis*; no pudiendo ser en manera alguna la reivindicatoria; pues por declaracion expresa de la ley « una universalidad de bienes, tales como una sucesion cuestionada, no puede ser objeto de la accion de reivindicacion (art. 2764 del C. C.): y debe por tanto ser materia del juicio sucesorio.

§ 20. Que el demandante no ha confundido las acciones, ni se ha presentado reivindicando los terrenos de la Ensenada, que fueron de la mencionada D<sup>a</sup> Maria Ascension Paez, lo acreditan sin ninguna especie de duda los términos de la demanda, que V. E. puede examinar, y se convencerá de que esto no ha sucedido.

En ella ni siquiera hace mencion alguna de tales terrenos: y se limita á manifestar que dicha señora no habia dejado parientes, y aunque aparecia á su nombre un testamento, éste era falso y nulo; por lo que el Juez citando por edictos á los que se considerasen interesados, debia resolviendo por nulo ese testamento, y declarando al Fisco heredero *ab intestato* de la expresada D<sup>a</sup> Maria Ascension Paez.

Se trata pues, como lo hemos manifestado, de un juicio sucesorio, cuyo objeto no es alguna cosa en particular, de las que componen la herencia sino la herencia misma; sin que sea exacto el que se haya deducido accion reivindicatoria de los indicados terrenos de la Ensenada, reclamándose su propiedad por cualquier título especial; porque ninguno se ha alegado, ni tratándose tampoco de probar.





Tan es así, que á pesar de haber declinado el demandado la jurisdiccion de los tribunales de la Capital, procurando llevar el asunto á los de la Provincia, á los cuales ciertamente habria correspondido, si el pleito hubiese versado sobre la propiedad de dichos terrenos, atendida la situacion de éstos, se resolvió sin embargo en favor de la competencia del Juez Civil de la Capital, por haber sido ésta el último domicilio de la finada ; no habiéndose fundado la indicada excepcion de incompetencia opuesta por el demandado, sino en la consideracion de ser único heredero.

§ 21. Al promover el denunciante Rossi un juicio sucesorio, ¿ habra excedido su comision y extralimitado la autorizacion que se le confirió por el Gobierno de la Provincia en el citado decreto de 20 de Mayo de 1881, reducida á procurar hacer retrovertir al Fisco los mencionados terrenos de la Ensenada ? No, ciertamente, si se tienen presentes para decidirlo los antecedentes contenidos en el adjunto expediente administrativo.

El denunciante, segun aparece de él, habia manifestado repetidas veces y con toda claridad, que para obtener aquella retroversion, seria indispensable anular el testamento de su dueña anterior, D<sup>a</sup> María Ascension Paez, y de consiguiente, la referida autorizacion contenia tambien, y se extendia sin duda alguna á promover un juicio sucesorio, que siendo universal por su propia naturaleza, debia comprender mucho mas.

Nadie lo entendi6 tampoco de diverso modo. Rossi, con esa autorizacion demandó inmediatamente en los tribunales y en juicio ordinario la sucesion de la referida D<sup>a</sup> María Ascension Paez, sin mencionar siquiera, como se ha hecho notar, dichos terrenos ; y sin que al demandado se le ocurriera tampoco, observar que aquel no se hallaba autorizado para esto, por el tenor de su comision.

Entablado el juicio sucesorio y planteada la cuestion segun se ha expresado, en términos que comprendian toda la

herencia, sin referirse en parte alguna á los indicados terrenos, ni á otra cosa en particular, V. E. declaró no obstante por resolucion ejecutoriada y pasada en autoridad de cosa juzgada, que era legítima la personería del demandante en el indicado juicio, fundado en la citada autorizacion, para hacer retrovertir al Fisco los terrenos de la Ensenada.

§ 22. Ahora bien, establecido que el presente es un juicio sucesorio y universal, que no se refiere á ninguna cosa en particular, de las que pueda comprender la herencia de dicha finada, sino á la herencia misma, ¿ cómo ha podido declarar el Juez *á quo* que este juicio carece ya de objeto y que la autorizacion conferida á Rossi debe tambien considerarse caduca, porque el Fisco haya expropiado los expresados terrenos.

El juicio sucesorio tendrá siempre objeto ; y debe continuarse legalmente, mientras el demandado no confiese la nulidad del testamento, reconociendo que la herencia de que se trata corresponde al Fisco ; y mientras ésto no sucede, tampoco habrá caducado la autorizacion del denunciante: desde que se ha reconocido, y no podia dejarse de reconocer, que ella comprendia la facultad de reclamar la herencia, promoviendo el juicio sucesorio, que en efecto ha formalizado.

Dar este juicio por terminado sin haberse reconocido los derechos hereditarios del Fisco, porque urgido quizá por la necesidad de disponer de ella, el Ejecutivo haya adquirido á título de compra, la posesion de una cosa perteneciente á la sucesion, como son los expresados terrenos, es confundir lo singular con lo universal, las cosas con los derechos, y en fin, el cuerpo con lo inmaterial ; porque efectivamente, mientras un terreno es una cosa material, la herencia por el contrario, es una cosa incorpórea, y así la denomina con toda propiedad Justiniano en el libro II, tit. 2º, § único de sus Instituciones.





§ 23. Supone el Juez *á quo* que con la expropiacion de los terrenos de la Ensenada, que el Fisco ha adquirido por compra, segun se ha referido, el juicio sucesorio ha quedado destituido de objeto, al menos positivo y real ; nada mas inexacto. ¿ Y el precio que aquel ha abonado por ellos, á quien pertenece ó ha de corresponder ? ¿ Debe ó no restituirse por Merlo ? ¿ Qué se hará del importe de la cosa vendida ? ¿ Y á lo demas que pudiera descubrirse qué destino se le dará ?

En la misma suposicion de que la herencia cuestionada nada mas comprende que los indicados terrenos de la Ensenada, para eximirse el Juez de resolver de un modo expreso á quien corresponde la indicada herencia de D<sup>a</sup> María Ascension Paez, por mas que tácitamente lo resuelva, al desechar la demanda en que se reclamaba como fiscal, alega que tal resolucion careceria de resultados prácticos, y que los tribunales, no deben ocuparse de « cuestiones abstractas. »

Aun en ese supuesto, acabamos de ver que la indicada resolucion no dejaria de tener resultados prácticos y positivos, al menos con relacion al valor de los terrenos expropiados; pero cuando así no fuera, el Fiscal tendria que observar, que no les es dado á los Jueces escusarse de resolver los pleitos en atencion á su escasa importancia y resultados insignificantes.

Si alguien pidiera en justicia que lo declarasen heredero de un individuo pobre de solemnidad ó conocido en público como mendigo, por insignificante y mezquino que pareciese el asunto, no podrian dejar de hacerlo procediendo legalmente ; y lo que es mas, no fuera imposible que de esa declaracion, al parecer inútil, le resultase al heredero una fortuna, descubriéndose mas tarde, derechos importantes é ignorados hasta entonces, á favor del causante de la sucesion.

Es por ésto que nuestras leyes orgánica y de competencia de los tribunales, procediendo con prevision y prudencia, no han incluido entre los asuntos de menor cuantía, cuyo conocimiento atribuian á los tribunales subalternos ó á la Justicia de Paz, los que versasen sobre herencias ó sucesiones, por

pequeñas que parezcan : y al contrario, han reservado tales asuntos exclusivamente á los Juzgados de Letras.—Art. 10, inc. 1º de la ley de 15 de Diciembre de 1881.

§ 24. Si al establecer el Juez *á quo* que los tribunales no deben ocuparse de *cuestiones abstractas*, ha querido decir, de cuestiones teóricas que no constituyan casos prácticos y contenciosos, tendria completa razon seguramente : en cualquier otro sentido aquel concepto seria inexacto é inaceptable.

¿ No son acaso los tribunales los que deben resolver sobre todos los derechos cuestionados? ¿ No son tambien ellos los que deciden las cuestiones de sucesion hereditaria? Pues todo derecho en realidad es una abstraccion : y á tal grado la herencia es un objeto abstracto y puramente de razon, que por eso se clasifica en Jurisprudencia como cosa incorpórea, segun puede verse en Vinnio.—Comentario á las Instituciones, parágrafo citado, N° 6.

En consecuencia de lo expuesto, Exma. Cámara, el Fiscal opina : que V. E. revocando la sentencia apelada, debe declarar nulo el testamento de la finada D<sup>a</sup> Maria Ascension Paez, y ordenar al inferior que llamando por edictos, como lo ha solicitado el demandante, á los parientes que se consideren con derecho á heredar, proceda á sustanciar el juicio de sucesion *ab intestato* por sus trámites legales, hasta declarar vacante la herencia, sino existiesen herederos legítimos.

Buenos Airts, Febrero 27 de 1886.





# SECCION II

Jurisdiccion, Superintendencia y Procedimientos

---

## VISTA XV

**Jurisdiccion sobre los Archivos de la Capital : su indivisibilidad**

### SUMARIO:

Relacion del caso que motiva esta vista— Los escribanos actualmente en ejercicio deben considerarse funcionarios nacionales—Federalizada la Capital, los Archivos debieron quedar y quedaron igualmente nacionalizados—Así lo declara tambien la Ley Orgánica de los Tribunales en varios de sus artículos—Los Archivos se hallan por tanto sujetos exclusivamente á la Jurisdiccion de los Jueces nacionales, no obstante la comunidad de interés en ellos de esta ciudad y la Provincia—Antecedentes que acreditan el ejercicio actual de esa Jurisdiccion; y explicacion de los que se invocan en sentido contrario—Los Jueces Provinciales no pueden por tanto, dar órdenes directas sobre los expedientes archivados ó que deban archivarse—No seria aceptable la division que se indica, del Archivo, cualesquiera que fuesen las bases—Razones de interés público que aconsejan conservarlo íntegro, y que demuestran su indivisibilidad.

*Exma. Cámara:*—El expediente de que se ha comunicado vista al Fiscal instruye de un incidente ocurrido entre el Juez en lo Civil y Mercantil de la Provincia, Dr. D. Aditar-do Heredia y los escribanos Burgos y Gomez, con motivo de haberse negado éstos á la entrega de unos expedientes que





dicho Juez les mandaba hacer, alegando aquellos la órden de V. E. de remitirlos todos para la formacion del Archivo General.

Se ve, por esto, que se trata de expedientes terminados, que son los únicos que deben llevarse al Archivo, y á los cuales se refiere por tanto exclusivamente, el acuerdo de V. E. de que se hace referencia; y no de expedientes en tramitacion y correspondientes á la Jurisdiccion Provincial, segun lo da á entender el mencionado Juez; lo que no podria ser tampoco, á menos que hubiese mediado alguna equivocacion, desde que respecto á los asuntos que se hallaban en trámite, han sido las autoridades Provinciales las que han hecho la clasificacion de los que correspondian á uno y otro fuero.

En cuanto á los expedientes terminados, existe efectivamente la órden de V. E. invocada por los escribanos, expedida en conformidad á lo prevenido en el art. 287 de la Ley Orgánica de los Tribunales de la Capital, que como se ha indicado, prescribe la formacion de un Archivo General. Habrian obrado pues, dichos escribanos en contravencion á esta disposicion, distrayendo de su destino los expedientes de que se trataba.

Ademas, habiendo cesado á consecuencia de la Federalizacion de esta Ciudad todos los escribanos que ejercian este oficio en esa época, en su carácter de empleados Provinciales, fueron autorizados á continuar actuando al frente de sus respectivas oficinas, por resolucion especial del Gobierno Nacional; de suerte, que hoy, son funcionarios puramente Nacionales; y como tales habrian incurrido en responsabilidad, reconociendo respecto de ellos Jurisdiccion en los tribunales de la Provincia.

Por la ley de capitalizacion, que federalizó esta Ciudad, quedaron tambien nacionalizados, como era natural y consiguiente, todas las oficinas, Archivos y establecimientos públicos que contenia, con excepcion solamente de los que se determinaron; y desde entonces eran solo las autoridades



establecidas por la Nacion las que entraban á gobernarlos, ejerciendo en ellos una Jurisdiccion exclusiva ; pues que no puede admitirse una federalizacion á medias.

Posteriormente, y en conformidad á esto, la ley de 15 de Diciembre del año pasado, en muchos de sus artículos y del modo mas expreso y terminante, que no deja lugar á duda de ningun género, considera y declara propiedad nacional todos los Archivos de los escribanos, como es facil y sencillo demostrarlo, recorriendo sus diversas disposiciones al respecto, aunque no sea mas que á la ligera.

El art. 161 al determinar el número de escribanos que debe haber en esta Capital, toma por base el de los Registros existentes ; suponiendo manifiestamente, que cada escribano que se nombrase se hará cargo de uno de esos Registros.

En el art. 289 se declara que el Archivo General que se mandaba formar, se compondrá de los protocolos de todos los escribanos de Registro existentes y de los expedientes archivados en las Secretarías y demas oficinas de actuacion y Registro de la Capital.

El art. 292 ordena que dicho Archivo General se organice por órden de oficinas, colocándose con separacion los expedientes y protocolos que á cada una correspondan ; y el 293 que esto se hará sucesivamente, empezándose por las oficinas mas antiguas, lo cual indica á las claras, que no se trataba en la ley, de Escribanías á crearse, sino de las creadas ya y existentes en la Capital cuando se sancionó.

En fin, el art. 298 declara terminantemente que dichos Registros y Archivos son de propiedad pública (nacional se entiende) y que los que entonces fuesen de propiedad particular, pasarian al dominio público, debiendo ser expropiados con arreglo á la ley de la materia.

La referencia que en este artículo se hace á los Archivos que fuesen de propiedad particular, demuestra positivamente que hablaba de los existentes ; pues los que despues se hubieran creado, no habrian podido enagenarse, y la órden de expropiarlos conforme á la ley del Congreso sobre expro-





piacion, dada al Ejecutivo, evidencia tambien que es del dominio de la Nacion, del que se trataba.

Nada puede alegarse en verdad contra disposiciones tan expresas, que no requieren aclaracion alguna, pues la primera regla en materia de interpretacion, es que no debe interpretarse lo que no lo necesita.

En vista de esto no se comprende cómo los Jueces Provinciales puedan pretender que los Archivos públicos de las Escribanías de esta Capital pertenezcan siempre á la Provincia ; que los escribanos los conservan en depósito á su nombre, y que ellos deban continuar ejerciendo Jurisdiccion en aquellos.

¿ Puede acaso una autoridad Provincial ordenar el depósito de cosas Nacionales ? Habiendo pasado *ipso jure* á la Nacion la propiedad y posesion legal de los Archivos, no habia nadie que pudiese impedirle el que la tomára de hecho, como ha sucedido, pues los escribanos con mucha razon, no obedecen hoy dia, sino á la autoridad nacional, en cuyo nombre funcionan y retienen sus oficinas.

En contrario se hace mérito sin embargo, de una acordada de la Suprema Corte Provincial, pero siendo de notoriedad la critica y discusiones que aquella medida suscitó, V. E. por ningun acto ha reconocido hasta ahora su legalidad, limitándose prudentemente en obsequio de la armonía entre ambas autoridades, á tolerar el que esa acordada se ejecutase respecto al modo de calificarse los expedientes en jiro.

Mas, por lo que respecta á las oficinas y Archivos, lejos de consentir en que se conserven á nombre de la Provincia, ni de admitir tampoco una Jurisdiccion promiscua y concurrente, ha procedido constantemente en el sentido de que solo dependian de las autoridades nacionales, como lo acreditan repetidos actos que conviene recordar.

Habiendo dado cuenta á este Superior Tribunal el escribano de Hipotecas Sr. Argerich, que tenia órden de la Suprema Corte de Justicia Provincial de cesar en sus funciones, y de hacer entrega de su Registro al Dr. D. Miguel Villegas,



nombrado por el Gobierno de la Provincia para sucederle en aquella oficina, V. E. por resolución fecha 8 de Febrero, declaró que los Archivos y oficinas públicas de la Capital se hallaban sometidos á la Jurisdiccion nacional, prohibió verificar la referida entrega, y ordenó al mencionado escribano continuar actuando como antes.

Vice-versa : habiendo nombrado el Gobierno Nacional el funcionario que debía reemplazar al referido Argerich, V. E. con fecha de Febrero 11, le ordenó hacer la entrega de la oficina; y como no diese cumplimiento á esta disposicion, poniendo en duda la competencia de la autoridad de que procedia, la cual habia reconocido antes, en 28 del mismo, el tribunal reiteró aquella órden declarando desobediente á dicho empleado, y mandando que en caso de resistencia se hiciera uso de la fuerza pública.

Últimamente se suscitó tambien una cuestion semejante, con motivo de que los Defensores de Menores de la Provincia, reteniendo los libros y Archivos de la Defensoria de la Capital, rehusaban hacer su entrega á los funcionarios nombrados para desempeñar en esta, aquel oficio ; la cual cuestion fué resuelta por V. E. en el mismo sentido que la anterior, ordenándose igualmente la entrega y comisionándose al Juez de lo Civil en turno para verificarla.

Se exponen en contrario las dificultades que por la nacionalizacion de los Archivos, tocan en su marcha los tribunales Provinciales, cuando necesitan expedientes depositados en aquellos ; mas estos inconvenientes, como se observaba en el acuerdo relativo á la indicada resolución, son consecuencia natural del nuevo órden de cosas surgido de la capitalizacion de esta Ciudad ; y podrán obviarse quizá hasta cierto punto, por arreglos administrativos que se celebren.

Se alega ademas la mancomunidad de intereses, que indudablemente existe en los Archivos, de parte de la Provincia y de la Nacion ; pero segun se observó tambien en el precitado acuerdo, de esa comunidad de intereses no nace una Jurisdiccion concurrente, pues son muy diversos el in-



terés sobre una cosa y los derechos que se derivan del Gobierno, referentes á la misma.

Esto, se ilustraba en dicho acuerdo con el ejemplo de la Provincia de Buenos Aires, que conserva en su poder, y desde mucho tiempo ejerce jurisdiccion exclusiva, en el Archivo del antiguo Vireinato y en el de los primeros Congresos Nacionales, á pesar que cada una de las otras Provincias desmembraciones todas, de aquella demarcacion política y aun el mismo Gobierno Nacional, conservan indudablemente un interés comun en el mencionado Archivo.

Un Estado puede tambien poscer propiedades, y tener intereses dentro de los límites territoriales de otra nacion, sin que por esto hubiese de ejercer Jurisdiccion alguna en aquellas, que por el contrario se hallarian sujetas exclusivamente, á la del Gobierno del país donde ellas existiesen.

Se insinúa, en fin, la division de los Archivos, pretendiéndose ademas que entretanto esta se verifique, aquellos deban permanecer depositados á la orden de las autoridades Provinciales; lo primero es impracticable, al menos respecto de los Registros que son indivisibles; y lo segundo inaceptable porque no habria razon alguna, para que la Provincia fuese preferida á la Nacion, en la guarda y conservacion de los Archivos; siendo indudable que su interés en esto es mucho mayor que el que puede corresponder á la Provincia.

En el caso ocurrido entre el Juez Dr. Heredia y los escribanos Burgos y Gomez, la dificultad ha nacido de haberse aquel, que es un funcionario Provincial, dirigido directamente á estos que siendo nacionales, ningun deber tenian de obedecerle, pues intentaba ejercer una Jurisdiccion de que carece en la Capital.

Si se hubiera dirigido al Juez Nacional en lo Civil ó Comercial, para que este ordenase la entrega de los expedientes que aquel necesitaba, todo se habria allanado facilmente; y así deben hacerlo sin duda indispensablemente, los Tribunales de la Provincia, en casos tales ú otros que requieran el



ejercicio de Jurisdiccion, como citaciones, embargos, prisiones y demas, pues que si se ha permitido á las autoridades de aquella, continuar residiendo en la Capital, ha sido á condicion expresa de que en ella no ejerzan Jurisdiccion alguna.

No es incierto ni dudoso el carácter nacional de los escribanos que actúan con los Jueces sometidos á la Superintendencia de V. E., ni el en que conservan sus respectivos Archivos hasta remitir los expedientes de que estos se componen, segun se les ha ordenado, al Archivo General en formacion, por mas que se pretenda lo contrario.

En cuanto á la reforma ó enmienda de la ley de 15 de Diciembre del año pasado, en la parte en que determina sobre esto y con respecto á los arreglos administrativos que pudieran celebrarse, esas medidas serian enteramente ajenas á las atribuciones del Superior Tribunal.

Tales son, Exmo. Señor, las observaciones que surgen de las disposiciones legales y antecedentes mencionados en conformidad á los cuales debe expedirse el informe solicitado por el Poder Ejecutivo en su nota del 18 del pasado, y á su mayor ilustracion seria conveniente adjuntarle copia de todas las resoluciones de que se ha hecho mérito.

Habiéndose insinuado segun se ha expuesto la division del Archivo, aunque el Fiscal ha tocado antes de paso este punto, no obstante cree conveniente atendida su importancia, ocuparse de él con mayor detencion, y examinarlo en particular.

Aun cuando no se indican las bases de la division proyectada, puede presumirse que se tratase de adoptar las que en la práctica sirven para determinar la competencia de los tribunales, á saber: el domicilio del demandado ó lugar del contrato, en las acciones personales; la situacion de las cosas en las acciones reales.

Estas reglas de procedimiento muy equitativas y muy razonables, al objeto con que se han establecido, ninguna aplicacion pueden tener sin embargo, en la materia de que ahora se trata, ni justificarian en manera alguna la division



del Archivo, si se han de dejar del todo ilesos los intereses del Municipio federalizado en la guarda y conservacion de los documentos y expedientes que aquel contiene.

Segun queda establecido los Archivos Judiciales de la Capital han sido nacionalizados junto con ella: y aunque nunca se ha desconocido el que la Provincia conserve en estos sus intereses mancomunados con los de la Nacion; y que seria de desear se encontrase la manera de salvarlos, sin renunciar los derechos que á ésta correspondan, ni perjudicar la conveniencia de los vecinos del Municipio, esa solucion no consiste seguramente en la division del Archivo, cualquiera que hubiese de ser la forma que se adoptase.

Los expedientes y documentos contenidos en aquel están sin duda alguna frecuentemente relacionados unos con otros, en formas tan variadas y por referencias tan multiplicadas que seria imposible preveerlas y determinarlas con precision, siendo indispensable en la práctica á cada paso verificar esas referencias, á mérito de las indicadas relaciones.

¿ Cuántas veces para la resolucion judicial de un asunto, hay que traer á la vista, expedientes seguidos sobre otros negocios, al parecer quizá enteramente inconexos, pero que no lo son en realidad, sino que por el contrario, al menos bajo un determinado aspecto, se encuentran intimamente ligados.

Despues de haberse reconocido una deuda cualquiera en juicio ejecutivo ó sumario, puede haberse seguido posteriormente sobre el mismo asunto otro juicio ordinario; y revocándose en él tal vez la mencionada resolucion, ante el Juez que conoció en el primero ó en diversos tribunales.

Un expediente puede referirse muy bien á una finca situada en la campaña, y como tal sometida á la Jurisdiccion Provincial, en cuyo territorio se comprende aquella; siendo no obstante el indicado expediente, emergencia ó incidente de un juicio universal de testamentaria ó concurso de acreedores radicado y seguido en los tribunales de la Capital.

Habiendo sido costumbre en este Foro, permitirse gestionar muchos y muy diversos asuntos con un solo poder gene-



ral presentado en alguno de ellos : sin sacarse copia para los demas, y poniéndose en estos solamente certificado ó constancia por medio de una nota sobre la existencia del referido poder, seria muy posible que esos expedientes en la division, resultasen corresponder á diversas Jurisdicciones.

Ahora bien, la mencionada práctica ó estilo, que existiendo realmente depositado el poder en alguno de los expedientes archivados, no ha ofrecido antes inconvenientes visibles, vendria á producirlos gravísimos, desde que el expediente en que figuraba el poder, se sacase á otra parte y á distinta Jurisdiccion ; porque entonces los indicados certificados y anotaciones, como documentos de mera referencia, por sí solos quizá, de nada servirian, ni tendrían valor alguno.

Tambien en las causas criminales se hace necesario con frecuencia tener á la vista los procesos seguidos anteriormente en los tribunales de la Provincia, contra los mismos individuos enjuiciados de nuevo en los tribunales de la Capital, para indagar si el delincuente es ó no reincidente en el delito de que se le acusa, desde que esta circunstancia puede y debe influir en la penalidad, aumentándola considerablemente.

Los ejemplos podrian multiplicarse facilmente al infinito, pues, como se comprende desde luego, por poco que sobre ello se reflexione, la conexión y relaciones entre los documentos, expedientes y Registros existentes en los diversos Archivos, de los cuales con arreglo á lo dispuesto en la ley se está actualmente formando uno solo general, son numerosísimos é imposibles de determinarse.

Es fuera de duda que los propietarios de las fincas rurales, las que despues de la division territorial, vienen á quedar dentro de la Jurisdiccion de la Provincia, serán no obstante en su mayor parte vecinos de la Capital, interesándoles por tanto, el que los títulos ó expedientes concernientes á aquellas fincas no salgan de estos Archivos.

¿Y cómo se dividirían los protocolos, siendo llevados segun se ha observado ya, en libros en que indistintamente, y

sin claros ni espacios intermedios, se ha ido otorgando sucesivamente toda especie de escrituras, tan pronto por vecinos de la campaña, hoy territorio Provincial, y sobre fincas situadas en ella, tan pronto entre personas domiciliadas en la Capital ó sobre fincas urbanas ?

Ciertamente que la division seria de todo punto impracticable ; y que lo único que podria hacerse en el sentido de lo que se desea, seria tomar de aquellos copias auténticas para los Archivos de la Provincia, á los cuales por una disposicion especial, se daria el carácter y valor de protocolos, tomando tambien en la misma forma copias de las sentencias recaidas en los diversos pleitos referentes á propiedades rurales, con determinacion del número que corresponda á cada expediente en el Archivo General.

Estas indicaciones, Exmo. Señor, demuestran con claridad, que los Archivos de la Capital se han de reputar como un todo indivisible : y que de consiguiente, V. E. encargado de su direccion y Superintendencia, se halla en el deber de evitar el que sean fraccionados, haciendo al Ejecutivo las observaciones que convenga al respecto.

Buenos Aires, Mayo 24 de 1882.

---



# VISTA XVI

## JUEZ COMPETENTE EN LOS INTERDICTOS

### SUMARIO:

Se trata entre vecinos de la Capital, de la denuncia de obra nueva en una finca situada fuera del territorio federalizado—Causas generales que surtiendo fuero, determinan la competencia del Juez, segun que la accion deducida sea real ó personal—Esta clasificacion en las acciones depende de la naturaleza del derecho reclamado; pero es muy difieil determinar la de la posesion—Sobre este punto existen distintas opiniones entre los Jurisconsultos, los cuales profesan doctrinas muy diversas, siendo constante que el Código no considera la posesion como derecho real—El Derecho Romano consideraba tambien á los interdictos, acciones personales—El Derecho Canónico por el contrario, concediendo contra tercero la accion del despojo, estimaba como real el derecho de posesion—Puede llamarse con propiedad anómalo; y de aquí es que aun los que lo reputan personal, atribuyen el conocimiento de los interdictos al Juez del lugar en que se encuentra situada la cosa—Nuestra ley de Procedimientos nada resuelve al respecto, pero la Española de que fué tomada, decide el punto en el sentido indicado—Esta ley procede á su vez de acuerdo con el Derecho Romano y el Canónico; existiendo razones de mucho peso en favor de su resolucion.

*Exma. Cámara:*—No sin razon ha dudado V. E. de la competencia del Tribunal para conocer en el juicio posesorio de que se trata, entre vecinos de esta Capital, pero referente á un terreno situado en el Partido de Brown, de la Provincia de Buenos Aires, en el cual terreno se ha denunciado *obra nueva*, entablándose el correspondiente interdicto.







La dificultad viene de que, teniendo indispensablemente la accion deducida intima conexion con el punto de determinar con precision la naturaleza de la posesion, que es su objeto, ese punto ha sido siempre embarazoso y cuestionable, permaneciendo todavia oscuro, pues aun no ha sido completamente esclarecido.

Como es constante, la naturaleza de las acciones participa de la de los derechos que les sirven de materia, y á cuya ejecucion se encaminan, siendo reales ó personales, segun estos lo sean, é influyendo directamente esa clasificacion en la determinacion del Tribunal que deba conocer en ellas, pues suministra la base, que establece su competencia.

Pueden reducirse á tres las causas que ordinariamente surten fuero, y de las cuales se deriva la competencia del Juez: 1ª el lugar del contrato ó del delito; 2ª el del domicilio del demandado; y 3ª donde se encuentra situada la cosa objeto del litigio; prevaleciendo aquellas en las acciones personales y esta en las reales.

¿Cómo se han de considerar, pues, los interdictos? ¿Son acciones reales ó personales? Proponer esta cuestion, equivale á preguntar si la posesion es un derecho; y si lo es, á qué clase de derechos se haya de adjudicar.

Estas cuestiones han dividido á los expositores del Derecho Romano y á los Jurisconsultos en general, en cuatro opiniones diversas: negando los unos que la posesion sea un derecho, sosteniendo los otros que es un derecho real, enseñando algunos que es personal; y no faltando en fin, quienes digan que es mixto y anómalo, entre los cuales se encuentra el autor de nuestro Código Civil.

Efectivamente en la nota al art. 1º, tít. 2º, de la posesion, siguiendo al parecer la opinion de Molitor, dice: « la posesion es un derecho puramente personal: no es mas que un *jus ad rem*. . . . . La posesion, por lo tanto, no es en sí ni un derecho puramente personal, ni un derecho puramente real». Tendríamos pues, un derecho mixto, cuan-



do en el art. 3º, del tít. 7º, sec. 1ª, lib. 2º, habia declarado no existir obligacion alguna que corresponda á derechos reales.

El Derecho Romano establecia que la posesion consistia mas bien en el hecho, que en un derecho ; *potius in facto, quam in jure consistit* ; y aunque declaraba que los interdictos, á pesar de hallarse concebidos con relacion á la cosa eran sin embargo por su naturaleza personales : *licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt* ; atribuia con todo, su conocimiento al Juez del lugar donde se hallase ubicada la cosa, cuya posesion se disputaba : *ubi aut vis facta dicitur aut momentanea posesio postulanda est, ibi loci judicem adversus eum, qui posesionem turbabit, convenit judicare*.

El Derecho Canónico, concendiendo la accion de despojo contra tercer poseedor, considera sin duda la posesion como derecho real, y tiene por Juez competente en las cuestiones que acerca de ella se suscitan, á aquel en cuyo territorio se encuentre situada la cosa.

« Pero si se trata, dice Murillo, de la posesion momentánea, la cuestion debe terminarse en el lugar en que la cosa se halla situada ; porque habiendo sido establecido este juicio para impedir el que los interesados ocurran á las vias de hecho, esto es mas de temerse, que en cualquier otra parte, en donde existe la cosa objeto de la disputa ». *In Jus Canonicum*, tom. 2º, páj 212, Nº 32.

Los que con Savigny niegan que la posesion sea un derecho, la consideran un elemento solamente de la propiedad, como lo es el justo título, del cual nadie preguntaria si es un derecho real ó personal ; observan que ella se pierde aun contra la voluntad del dueño, lo que no sucede en ningun derecho ; y en fin que con relacion á los interdictos produce los mismos efectos aun cuando fuese de mala fe, es decir, injusta ó viciosa, con tal que no lo sea respecto del adversario.

Los que como Ahrens sostienen que la posesion es un derecho real, lo creen parte integrante de la propiedad :



pues al propietario corresponde naturalmente el derecho de poseer : y por esto la posesion hace presumir la propiedad, que á su vez no puede reputarse completa mientras no alcance la posesion.

Observa tambien, que mal podria la ley castigar la violacion de la posesion, si no reconociese en ella un derecho que debiese garantir ; en fin que todas las obligaciones y los derechos que emanan de la posesion, no son personales, pues solo corresponden al poseedor en su calidad de tal.

Por último, Lehs, reconoce en la posesion un derecho, pero personal, y no real, creyendo que los interdictos, solo se dirijen á conservar el orden público ; preservando á los particulares de las vias de hecho y que las leyes castigan la violacion de aquel por medio de las acciones posesorias ; pues en cuanto á la cuestion del derecho privado, los interdictos la dejan completamente intacta.

Esta podria considerarse como la teoria de nuestro Código, si el art. 34, tit. 3º *De las acciones posesorias*, al declarar que todos los juicios posesorios han de ser sumarios, no pareciese haber suprimido con esto el plenario de posesion, en cuyo caso el derecho no quedaria ciertamente intacto ; aunque es verdad que el art. 579 de la ley de procedimientos lo ha entendido sin duda de otro modo, resolviendo que cualquiera que sea la sentencia recaida en el interdicto, se entenderá siempre sin perjuicio de las acciones de posesion ó de dominio que puedan corresponder al vencido.

Nuestro Código Civil, en efecto, no considera la posesion un derecho real, y esto se puede demostrar, no solamente por la exposicion de su autor en la nota antes mencionada, en que así lo manifiesta expresamente, indicando tambien, con arreglo á la doctrina de Savigny, que los interdictos son acciones penales, que nacen de delito ó cuasi-delito, sino tambien por el texto mismo de sus disposiciones sobre la materia.

Así, declarando en el tit. 4º *de los derechos reales*, el cual



viene despues del tratado de la posesion, que no existen otros de esta clase que los que la ley reconoce, el art. 2º los enumera á todos prolijamente, sin hacer mencion alguna entre estos del derecho de posesion.

En el tit. 9º de las acciones reales, sucede una cosa semejante; porque despues de declarar que todas ellas nacen de la propiedad, ya sea el dominio pleno ó sus desmembraciones, agrega: que aquellas no son mas que tres: *la reivindicatoria, confesoria y negatoria*, á ninguna de las cuales clases pueden ciertamente referirse los interdictos.

Pero lo que viene á quitar toda duda á este respecto, es el contenido del art. 15, tit. 3º *De las acciones posesorias*; en el cual no solo contrapone el juicio petitorio al posesorio, sino tambien las acciones posesorias á las reales; y esto por tres veces consecutivamente en una misma disposicion, como lo notará V. E.

Dice así: « El que tuviese derecho de poseer y fuere turbado ó despojado en su posesion, puede intentar la *accion real* que le competa, ó servirse de las *acciones posesorias*; pero no podrá acumular el posesorio al petitorio: si intentase la *accion real* perderá el derecho de intentar las *acciones posesorias*; pero si usase las *acciones posesorias* podria usar despues de la *accion real*. »

Demostrado que el Código vigente clasifica por personales el derecho de posesion y los interdictos que son las acciones de que se trata en el presente juicio, parece que seria lógico deducir la jurisdiccion del fuero del domicilio del demandado, y que deberia resolverse en consecuencia la duda surgida, en el sentido de la competencia de este tribunal, para entender en la *denuncia de obra nueva*, que es la materia del expresado juicio.

Sin embargo, no procede desde luego esta deducccion; antes la dificultad subsiste; porque si bien puede asegurarse que el autor del Código reputó la posesion un derecho personal, él mismo previene no obstante, que es anómalo é irregular; no siguiendo en todo las reglas de los demas derechos



personales ; y ya hemos visto que aunque tales denominaba tambien á los interdictos, el Derecho Romano, les designaba á pesar de esto, por Jueces competentes, á los del lugar en que la cosa se hallaba situada.

Hay para esto razones bastante graves y manifestas, porque no solamente en ese lugar se encontrarán con mas facilidad los elementos de prueba acerca de los hechos que motivan la cuestion, sino que siendo tambien mas de recelarse allí las violencias que se trata de evitar, podrán así mismo adoptarse y ejecutarse con mas oportunidad las medidas tendientes á precaverlas.

Estas consideraciones justifican el acierto de la resolucion contenida en el art. 693 de la ley Española de Enjuiciamiento ; segun la cual son Jueces competentes para conocer de los interdictos : en los de retener la posesion, de recobrarla, *de impedir una obra nueva* ó demoler una obra vieja que cause daño, el del lugar en que está la cosa objeto de ellos : en el interdicto de adquirir el del domicilio del finado, ó el del lugar en que radiquen su testamentaria ó *ab intestato* ó el en que estén situados los bienes, á eleccion del demandante.

Esta es tambien la doctrina generalmente seguida, como mejor fundada y mas arreglada á las consideraciones legales que quedan expuestas, segun puede verse en Caravantes.—Procedimientos Judiciales, tom. 1º, páj. 257—Manresa, Ley de Enjuiciamiento, tom. 3º, páj. 587—Lira, Prontuario de los Juicios, tom. 3º, páj. 10—Escriche, Dic. de Leg. y Jurisp., v. *interdictos* § VIII y otros muchos.

El mismo Savigny, que niega á los interdictos de retener y recobrar el carácter de acciones reales, al tratar del derecho local porque debe regirse la posesion, reconoce que este ha de ser el del lugar donde se encuentre situada la cosa, *lex rei sitæ*, materia que evidente y manifestamente, tiene grande y estrecha analogía ó conexion con la de la competencia del Juez que haya de conocer en la cuestion.

Vinnio en su Comentario á las Instituciones, tratando en



particular de la denuncia de obra nueva, sostiene ser hecha *in rem non in personam* : de lo cual deduce, que aun los terceros, sucesores universales ó particulares, son obligados á sufrir la destruccion de la obra, en la parte que se hubiese continuado despues de la denuncia.—Apéndice del Lib. IV, tit. XV, N° 11, tom. 2°, páj. 468.

Segun la Ley Recopilada existia tambien un interdicto llamado *del interin*, el cual tenia aplicacion á las cuestiones que sobre la posesion podian suscitarse, mientras se ventilaba la de propiedad; en cuyo caso, considerándoselas, como un mero incidente debian ser resueltas interinamente, hasta la definitiva por el mismo Juez, que conociese en lo principal; y como este habia de ser por necesidad, el del lugar donde la cosa se hallaba situada, venia á serlo igualmente del enunciado interdicto.

Nuestra ley de Procedimientos nada contiene respecto á la competencia del Juez que deba conocer en los pleitos de posesion ; pero constando hallarse calcada sobre la mencionada ley Española, no seria impropio ocurrir á las disposiciones de esta, para explicar aquella en los casos de silencio ú oscuridad.

La ley que rige los Procedimientos de los Juzgados Federales, contiene tambien una indicacion de que el Juez que entienda en los interdictos posesorios, debe ser el del lugar en que se halle situada la cosa á que se refieran ; porque hablando de la *denuncia de obra nueva*, en el art. 338, dispone : que antes de dictar sentencia, el Juez si lo creyera necesario, podrá trasladarse al lugar de la obra, para decidir con mas acierto.

Supone, pues, que aquella se hace en un lugar comprendido dentro de los límites territoriales del Juzgado, porque, á no ser así, ni se le permitiria al Juez salir fuera de su distrito, ni podria tampoco fuera de él, ejercer jurisdiccion alguna, desde que en realidad ninguna tiene en el distrito de otro Juez.

Tales son, Exmo. Señor, los motivos legales y las consideraciones que inclinan el ánimo del Fiscal á opinar, como opina, que los tribunales de la Capital no son competentes para entender en el enunciado interdicto, en las condiciones expresadas ; y que el conocimiento del asunto debe remitirse con sus antecedentes, al Juez territorial de la Provincia á que corresponda el partido Brown.

Buenos Aires, Julio 10 de 1881.

---



# VISTA XVII

## JURISDICCION SOBRE BIENES RAÍCES

### SUMARIO :

El conocimiento en el juicio sucesorio pertenece al Juez del último domicilio—El extranjero en el momento de abandonar el país de su residencia, recupera el domicilio de su nacimiento—El cambio ó adquisición de nuevo domicilio se produce instantáneamente—Respecto del que sin residencia fija, conserva separada de sí la familia en un punto y los negocios en otro, debe atenderse principalmente á su intencion final—El juicio sucesorio es universal; y comprende todos los bienes muebles y raíces—Estos sin embargo, son regidos exclusivamente por las leyes del país en que están situados; y aquél no confiere jurisdiccion á cerca de ellos á los tribunales extranjeros.

*Exma. Cámara:* —D. Antonio Demarchi, de nacionalidad suizo, nacido en Astano, lugar perteneciente á la ciudad de Lugano en el canton Tesino, vino hace muchos años á esta capital en la cual se estableció, adquirió una fortuna considerable y formó familia casándose.

Muerta su esposa, el año 1868 determinó regresar á su país, como lo verificó efectivamente, con la madre, una hermana y todos sus hijos, á cuya educacion deseaba atender, dirigiéndose á Lugano; pero conservando siempre en esta ciudad su drogueria y muchas propiedades.

Habiendo fallecido en 1879, el Tribunal de Lugano abrió







inmediatamente el juicio de testamentaria; mas en 30 de Junio del mismo año lo promovió tambien aquí D<sup>a</sup> Teresa Bernaschi y Martinenghi, diciéndose hija natural, y reclamando la porcion hereditaria que como tal supone corresponderle.

Se ha suscitado pues, cuestion sobre cuál sea el Tribunal que deba considerarse competente para entender en el asunto, y convenidos los interesados en que con arreglo á lo dispuesto en el art. 3284 del Código Civil debe serlo el del lugar del domicilio del autor de la sucesion, han disputado dónde se hallaba el Sr. Demarchi domiciliado realmente.

Por una parte resulta inscripto como vecino en los registros cívicos de Astano; por otra, parece que él mas bien se habia fijado, en Lugano; pero sin residencia continua; pues habiendo adquirido varias propiedades en Italia, en ellas permanecia mucha parte del tiempo; teniendo sus hijos en un colegio de Berna y conservando aquí la mayor parte de su fortuna quizás.

Dícese pues, por la demandante, que no habiendo tenido el Sr. Demarchi despues de su regreso á Europa, residencia permanente en ninguno de los diversos puntos en que ha habitado, tampoco ha podido adquirir domicilio en cualquiera de ellos.

Que puesto que éste no puede inferirse de la residencia de la familia, desde que no la tenia consigo, es forzoso deducirlo del principal asiento de sus negocios, que se hallaba en esta ciudad; y que en ese supuesto, sus Tribunales vendrian á ser los competentes en el juicio de testamentaria que corresponde al del último domicilio.

Se agrega además que los bienes raices, cualquiera que sea el domicilio del dueño, son regidos esclusivamente por la Legislacion del país en que se hallen situados; y que en esta virtud las autoridades de Buenos Aires, por lo menos, serian competentes en el espresado juicio, en lo que concierne á los bienes raices que aquí existen pertenecientes á la testamentaria.

El juez *á quo*, aunque encuentra fundada esta limitacion, considera sin embargo que Demarchi cuando falleció, no era



vecino de Buenos Aires, y que en consecuencia seria incompetente para conocer en jeneral sobre el arreglo de su testamentaria, el cual corresponde al Juez del último domicilio.

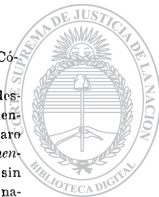
El principal fundamento de esta resolucion en la última parte, consiste en que se ha demostrado que al ausentarse Demarchi del país el año 68, lo hizo sin ánimo de regresar, y con la intencion consiguiente de abandonar su anterior domicilio.

Contra esto, la demandante emite dos observaciones:—1ª. Que no se ha justificado el que tal fuese en efecto el ánimo de Demarchi al retirarse á Europa.—2ª. Que en todo caso y cualquiera que fuese su intencion, desde que el domicilio no se pierde sino despues que se adquiere otro nuevo, no habiendo llegado Demarchi á adquirirlo en Europa, por no haberse fijado en ningun punto, resulta que en realidad conservó hasta su fallecimiento el que antes habia tenido en esta ciudad.

No es exacto, sin embargo, que los demandados no hayan acreditado legalmente, el ánimo de su causante cuando se ausentó, de cambiar de domicilio, estableciéndose nuevamente en su patria ; pues esto resulta plenamente comprobado por las declaraciones de los testigos D. Pablo Pollinini á f. 143 vta., D. Luis Casalla á f. 145 y D. Luis Tamini á f. 160 por mas que D. Adolfo Garcia á f. 259 declare haberle oido lo contrario.

Este hecho se ratifica tambien por otras varias personas, á las cuales el mismo Demarchi manifestó en Europa, que se encontraba definitivamente establecido allí y que no pensaba regresar ; no menos que por la naturaleza del objeto mismo que decidió principalmente su viaje, la educacion de sus hijos, cuya realizacion exigia indispensablemente muchos años de permanencia. (Código Civil art. 92).

Ahora bien : sentado este hecho, él ofrece un punto de partida claro y seguro para la resolucion de la cuestion debatida ; pues en ese caso, indudablemente Demarchi perdió el domicilio que tenia en esta ciudad y adquirió inmediatamente el



de su origen en conformidad á lo resuelto en el art. 96 Código Civil.

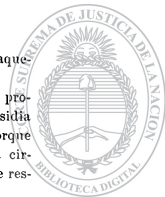
No es cierto que el domicilio no pueda perderse, sino después de haberse adquirido otro fijando la residencia realmente en un punto diverso, y esto se deduce de un modo claro del tenor mismo del precitado art. 96 que dice: «*en el momento en que el domicilio en país extranjero es abandonado, sin ánimo de volver á él, la persona tiene el domicilio de su nacimiento*».

Haciendo aplicación de este principio al caso en cuestión, tendremos que según nuestro Código en el momento en que el Sr. Demarchi se embarcaba en el vapor para regresar á su país, sin ánimo de volver á este, como se ha demostrado que sucedió, recuperó el domicilio de su nacimiento, Estano; aun antes de haber llegado á Europa ni residido en parte alguna de ese continente.

Es digno de notarse sobre el particular, por ser muy importante en la cuestión, según se ha observado, que este resultado es también conforme con las leyes del Tesino y en general con las de Suiza, donde para conservarse los derechos de vecindad en favor de una persona oriunda, de algún pueblo, no se requiere absolutamente su permanencia.

«En Suiza, dice Bluntschli, todo vecino de un municipio es ciudadano de un Canton, y todo ciudadano en un canton lo es de Suiza. Este es un sistema intermediario particular. Para ser vecino de un municipio, es suficiente, pero necesario, descender de padres que también lo sean. El establecimiento en otro cualquier municipio, no hace perder esta cualidad, Este sistema recuerda el antiguo Derecho Municipal Romano. igualmente fundado, en el *origo*.—Derecho Público Universal tom. 1º, pág. 175.

Siendo pues, el Sr. Demarchi oriundo de Estano é hijo de padres nativos del mismo municipio, según resulta del registro cívico, y habiendo regresado á Suiza, con ánimo de permanecer en ella, con razón ha podido decir, y ha declarado efectivamente el Tribunal de Lugano, que con arreglo al De-



recho público de Suiza, debía ser considerado vecino de aquella jurisdicción.

Ni se observe que, Demarchi no parece haber vuelto propiamente á Estano, sinó á Lugano, donde tampoco residía permanentemente, sino por periodos alternativos; porque perteneciendo tanto Estano como Lugano á la misma circunscripción territorial, uno y otro domicilio, por lo que respecta á la jurisdicción, vienen á ser idénticos.

Recuperado por Demarchi, como se ha demostrado, el domicilio de origen, y constando además que su ánimo era fijarse definitivamente en Estano, donde se proponía comprar una propiedad, poco importa el que hubiese adquirido otras en diversos puntos y el que por temporadas residiese en ellos ó en Milan; pues el domicilio, una vez adquirido ó recuperado se conserva por la sola intencion de no cambiarlo ó de no adoptar otro.

Se ha observado tambien por los demandados, sin contradicción de la demandante, que cuando resultase haberse fijado Demarchi en Milan ú otro de los puntos de su residencia alternativa pertenecientes á Italia, seria siempre el Tribunal de Lugano el que debiera entender en su testamentaria, en consideracion á su nacionalidad; por haberse estipulado así en tratados de esta Nacion con Suiza.

Si por el contrario tales residencias alternativas y accidentales no alcanzaron á constituir domicilio, de ninguna suerte pudieron perjudicar al de origen recuperado por Demarchi, luego que, habiendo abandonado el de Buenos Aires, entró en los términos de su jurisdicción para fijarse allí, y por poco que morase realmente; porque supuesta la intencion, el cambio de domicilio se verifica instantáneamente, por el hecho de la traslacion de residencia de un lugar á otro, (art. 97 Código Civil).

Podrá ser dudoso, si se quiere, el punto de Europa donde Demarchi constituyó su domicilio, por no haber residido constantemente en uno mismo, si Estano, Lugano, Milan, Pallanza. Como *etc.*; pero no lo es en manera alguna que su propósito era el de fijarse en Estano; y mucho menos,



que no conservaba domicilio en Buenos Aires; pues desde que se ausentó, llevó el ánimo de no volver á establecerse aquí, y consta tambien que nunca cambió de resolucion.

Lo que principalmente hay que atender en tales casos para resolver la cuestion del domicilio, es el ánimo ó la intencion: la residencia de la familia y el establecimiento de negocios ó la adquisicion de fincas, no valen en esta materia sino como presunciones ó indicios para juzgar de la intencion, cuando no conste; pero no habiendo ánimo de avecindarse, ninguna de aquellas circunstancias ó todas reunidas, pueden producir el domicilio.

Tenemos entonces demostrado sin ningun género de duda, que Demarchi cuando falleció se encontraba avecindado en los términos de la jurisdiccion de Lugano; y siendo constante que segun las disposiciones de nuestro Código Civil, art. 3284, el Juez competente para conocer en el juicio testamentario, es el del domicilio del finado al tiempo de su fallecimiento, resulta indudable tambien, que en el caso presente lo es el de aquella jurisdiccion.

Mas el ejercicio de ésta ¿habrá de comprender, tambien los bienes raices situados dentro de la República y pertenecientes á dicha testamentaria? Esta es una cuestion muy diferente; y para resolverla hay que tener presentes muy diversos principios.

Por una parte, el art. 10 del tít. 1º Preliminar del Código Civil declara: que los bienes raices situados en la República son esclusivamente regidos por las leyes del país, respecto á su clasificacion, los derechos de las partes, capacidad de adquirirlos y manera de transferirse; no pudiendo de consiguiente el título ser adquirido, transferido ó perderse, sino en conformidad á nuestras leyes.

Por otra, formando los inmuebles parte del territorio, que en toda nacion independiente debe hallarse sugeto únicamente á su propia soberanía, ningun Estado hasta ahora ha consentido en ellos el ejercicio de una jurisdiccion extraña, el cual se



consideraria depresivo de la independencia y dignidad del que lo tolerase.

Dedúcese de estos antecedentes sin duda alguna, que cualquiera que sea el Juez á quien corresponda conocer en la sucesion de una persona, por razon del domicilio, el único competente para determinar sobre los bienes raices, seria el del lugar en que se encuentren situados, cuya Legislacion los rige tambien esclusivamente.

Contra esta exclusion se oponen sin embargo dos objeciones: el Código, se dice, permite expresamente declarándolos válidos en el art. 1211, las enagenaciones y contratos sobre bienes raices situados en la República, hechos en el extranjero; no menos que la constitucion de derechos reales; y solamente exige para que tengan efectos legales en el país, la protocolizacion de los documentos en los registros de algun Escribano Público.

Si, pues, se pueden vender, donar ó enagenar de cualquier otro modo, hipotecar y gravar desde un país extranjero los inmuebles situados en la República—¿Por qué no podria tambien verificarse en la misma forma, válidamente, una particion que los comprendiese, aunque los documentos debieran protocolizarse así mismo en los registros públicos?

A la verdad, si siendo personas hábiles todos los herederos, verificasen la particion por un convenio, aunque éste comprendiese tambien bienes raices, no habria razon para que no se considerase válido el acto, como cualquier otro contrato de enagenacion; pero la division judicial por el juicio de testamentaria, importando el ejercicio de jurisdiccion, no podria verificarse ante autoridades extrañas.

Se observa tambien que el Código Argentino al determinar al del domicilio del finado, por Juez de la sucesion, la cual comprende la universalidad de los bienes, ha sancionado el principio de la sucesion única, que ciertamente es el mas adelantado y descansa en los mas sólidos fundamentos; pues permite una division equitativa y racional.

Ahora bien, es manifiesto que semejante principio no po-



dria ser práctico, si en el arreglo de la sucesion hubiesen de eliminarse los bienes raices situados fuera del país en que se verifica; pues evidentemente, esto implicaria la necesidad de diversos juicios testamentarios, en los distintos países en que se hallaran situados los inmuebles.

La voluntad del causante no seria respetada en realidad, porque no puede presumirse razonablemente, una diversa para el destino de sus bienes en cada país; resultarian quizá distintos herederos; habiendo tambien que aplicar á una misma herencia Legislaciones varias y tal vez contrarias.—Fiore, Derecho Internacional Privado, tomo 2º, paj. 192, núm. 394.

Es fuera de duda que nuestro Código establece en materia de sucesion el indicado principio de la sucesion única, pero no es verdad que le dé tal latitud, que comprenda tambien los bienes raices situados en la República, sometiéndolos á la jurisdiccion de Tribunales extranjeros, lo cual seguramente no careceria de graves inconvenientes.

Como lo observa muy fundadamente el Dr. Segovia, no aplicándose en los demás países el liberal principio de nuestro Código, vendrá á restringir, mucho mas si le ensancha en términos que comprenda hasta los inmuebles, el imperio de nuestras leyes, estendiendo el de las extranjeras; pues mientras estas se aplicarian á los que se hallen situados en la República, las nuestras hallarian obstáculo á sus disposiciones en los demas países. Explicacion del Código Civil, tom. 2º, páj. 395, nota 9ª.

El enunciado principio no tiene por la Jurisprudencia generalmente aceptada y vigente en todas partes, el alcance que se le quiere dar, segun se deduce de la doctrina de los autores tanto publicistas, cuanto civilistas y prácticos, con muy raras excepciones como puede verse en Goyena «Concordancias» tom. 1º, páj. 20, art. 8º.—Caravantes «Procedimientos» Lib. 2º, Nº 793 y otros muchos.

El mismo Dr. Velez autor del Código Civil, exponiendo la disposicion que establece la sucesion única, en la nota al art. 3,283 la limita en los términos expresados, y exceptúa po-

sitivamente los bienes inmuebles. « Puede llamarse, dice, una excepcion á este principio general lo que está dispuesto respecto á la trasmision de los bienes raíces que forman una parte del territorio del Estado, y cuyo título debe ser siempre trasferido en conformidad á las leyes de la Republica.—Art. 10, tit. 1º. Prelim. *de las leyes*.

En el presente juicio este punto, se encuentra ya fuera de discusion, pues existe á su respecto, cosa juzgada; desde que habiendo sido resuelto definitivamente por el Inferior, en el sentido indicado, se ha declarado tambien desierto el recurso de apelacion interpuesto por los demandados de aquella resolucion.

El Fiscal por lo expuesto, la considera arreglada en todas sus partes; siendo de sentir que debe confirmarse, sin modificacion alguna; porque no encuentra justa la condenacion en costas que se solicita contra éstos, ni procedente de consiguiente la reforma en ese sentido.

---





## JUEZ COMPETENTE EN LA DEMANDA DE JACTANCIA

## SUMARIO:

Exposicion del caso: El Juez Civil de la Asuncion dirige exhorto al de igual clase de esta Capital, solicitando la citacion de un vecino demandado allí sobre jactancia, por atribuirse derechos en unos campos situados en el Chaco Paraguayo—El demandado se opone al cumplimiento de este exhorto, sosteniendo que cuando tal demanda fuese procedente, su conocimiento corresponderia á los tribunales de esta Capital—Funda su pretension en que, siendo regla de procedimientos que en las acciones personales, el actor debe seguir el fuero del reo, el suyo se encuentra en esta Capital, donde se halla domiciliado—Observa tambien que segun el Código Civil, el domicilio es el que determina la competencia de los Tribunales, y conforme á la Ley de Procedimientos, á falta de un fuero convencional, las acciones personales deben deducirse ante el Juez del domicilio—Demuestra que la demanda de jactancia no importa el ejercicio de una accion real, por cuanto no se dirige á obtener el reconocimiento de la existencia ó la plenitud de derechos reales—Alega por último, que la accion de que se trata dimana de una obligacion que la ley misma impone á ciertas personas; y solo se da contra ellas, cuando las acciones reales, proviniendo de derechos absolutos, se refieren á todos—El Agente Fiscal opina que no siendo posible la competencia del Juez con el exhortante, por carecer de un superior comun; y siendo obligado á la reciprocidad, el exhorto debe cumplirse en todo caso, con la cláusula de *sin perjuicio*; y reservarse el exámen de la jurisdiccion para cuando se pida la ejecucion de la sentencia: dictámen que ha sido aceptado por el Juez á *quo*—Crítica y refutacion de los fundamentos de este dictámen, sin que ellas importen, sin embargo, atacar la resolucion en su fondo—El que fuese inadecuado el procedimiento de la competencia, no demostraria que el Juez debiera prestarse á servir de instrumento á una usurpacion—Cuando esta no aparece *prima facie*, ni se suscita tampoco cuestion de competencia, para resguardar la propia jurisdiccion, basta la cláusula *sin perjuicio*





—No sucedería lo mismo en caso contrario, pues entones el cumplimiento del exhorto importaría renuncia de la jurisdicción propia y el reconocimiento de la ajena—Una vez reconocida así la jurisdicción del Juez exhortante, sería tarde para discutirla cuando solo se tratase de la ejecución de la sentencia, pues no podría negarse sin inconsecuencia—El expediente sugerido por el Agente Fiscal para salvar la jurisdicción propia, de esperar que se solicite la ejecución de la sentencia, sería ineficaz; pues muchas veces el Juez exhortante para la citación, no necesitaría después auxilio extraño, para hacer cumplir su resolución—Examen y rectificación de los argumentos con que el demandado declina la jurisdicción del Juez exhortante, y trata de establecer en el caso la de los tribunales de la Capital—Origen y desarrollo de la acción de jactancia introducida por el Derecho Romano, el cual la aplicaba á la difamación, participando por tanto del carácter penal—Habiendo pasado al Derecho de Partidas, éste la refería á cualquier hecho desdoroso y perjudicial; por lo que la práctica de los Tribunales le dió amplia aplicación—En el hecho de atribuirse públicamente derechos en una finca poseída por otro sin llegar á reclamarla, se consideró que existía perturbación moral de la posesión, y se aplicó la acción de jactancia—Teniendo, pues, por objeto como las acciones posesorias hacer respetar la posesión, su conocimiento debe corresponder al mismo Juez que entiende en aquellas, es decir, al del lugar en que se encuentra situada la cosa—Tanto mas debe ser esto así, cuanto que, dando por resultado el que se ordene al jactancioso deducir sus derechos en un término perentorio, con apercibimiento de declararse que ninguno le corresponde, solo el expresado Juez podría hacer legalmente esa declaración—Examinadas á la luz de los principios establecidos las objeciones que se oponen al ejercicio de jurisdicción por el Juez exhortante, éstas se desvanecen completamente—Nada ha variado en los enunciados principios que determinan la competencia del Juez en la acción de jactancia, la Ley de Procedimientos, antes bien, de sus disposiciones se deduce el mismo fuero—Aplicación de la doctrina expuesta al caso en cuestión.

*Exma Cámara:*—El Juez ordinario en lo Civil de la ciudad de la Asunción, República del Paraguay, dirige exhorto al de igual clase de esta Capital, haciéndole saber : que en su Tribunal se ha presentado D. Pedro P. Caballero, é interpuesto demanda de jactancia contra D. Gustavo A. Vernet residente aquí, por atribuirse derechos en unos campos situados en el Chaco Paraguayo, y ruega se le comunique el contenido de la indicada demanda, citándosele para contestarla en el plazo de cuarenta días.

Habiendo el Juez exhortado proveído de conformidad y ordenado efectivamente que se cite al demandado, sin perjuicio de la jurisdicción que pueda corresponder á estos Tribunales : y que se devuelva en seguida debidamente diligenciado el referido exhorto, Vernet se ha presentado, y se ha opuesto á la ejecucion de esta providencia, de la cual pidió revocatoria, por suponer que el conocimiento de la demanda cuando esta fuese procedente, segun los antecedentes de que se hace mencion en el exhorto, corresponderia á la jurisdicción civil ordinaria de la Capital ; sin que los Jueces que la desempeñan puedan desprenderse de ella, ni renunciarla ; debiendo por tanto, en defensa de la misma, retener el espresado exhorto, y exigir que el demandante ocurra ante ellos, á hacer valer las acciones que le competan.

Funda esta pretension el demandado, en que, siendo principio general de Jurisprudencia, en materia de procedimientos, que el actor al entablar el juicio, desde que se trate de acciones personales, debe seguir el fuero del reo, el suyo se encuentra en esta Capital, donde se halla domiciliado, como se deduce del contenido mismo del exhorto, y además ofrece justificarlo á mayor abundamiento, si se estimase necesario.

Vernet invoca tambien en apoyo de la doctrina que sostiene y de la peticion que deduce, la declaracion del art. 100 del Cód. Civil, de que el domicilio legal y el domicilio real determinan la competencia de los Tribunales para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones ; declaracion que resulta en perfecta consonancia con lo prescripto en el inc. 4º, art. 4 de la Ley de Procedimientos, que en defecto del fuero convencional, refiere el conocimiento de las acciones personales al Juez del domicilio del demandado.

Ahora, que la demanda de jactancia no importa el ejercicio de una accion real, sino puramente personal, lo demuestra





aquel, observando que ella no es un medio de hacer reconocer la existencia ó la plenitud de derechos reales que le sirvan de apoyo (Código Civil, art. 2756); sino que dimana únicamente de un hecho irregular imputado á determinada persona, contra la cual se dirige por tanto de un modo exclusivo; siendo propio de las acciones reales, por el carácter absoluto de los derechos de que provienen, el otorgarse contra todos, *erga omnes*.—

Que dicha accion de jactancia, por el contrario, nace de la obligacion personal que la ley misma impone, al que, atribuyéndose derechos sobre bienes poseidos por otro, sin llegar á deducirlos en juicio, puede de esa suerte perjudicarle, de formalizar el reclamo que hubiese de hacer, en el término que el Juez le señale, so pena de declararse que ningun derecho le corresponde; y de imponérsele en consecuencia, perpétuo silencio.

11

Comunicada vista de esta exposicion al Agente Fiscal, ese funcionario, sin impugnar ni desconocer los fundamentos aducidos, hizo notar solamente, que el Juez no podria declararse en competencia con el exhortante, porque siendo este extranjero, no existia entre ellos un Tribunal Superior comun que la dirimiese.

Que estando dicho Juez obligado á la reciprocidad, debia en todo caso dar cumplimiento al exhorto; y practicar la citacion que en él se le pedia, sin perjuicio de la jurisdiccion que pudiese corresponderle; reservando la resolucion de la cuestion suscitada y el exámen de este punto, para cuando se solicitase por nuevo exhorto, la ejecucion de la sentencia que habia de recaer en el asunto.

Por mas que este dictámen haya sido adoptado por el Juez *á quo* como resolucion, es imposible aceptar sus fundamentos, sin dejar establecidos para lo sucesivo precedentes equivocados, que pudiendo conducir á estraviar la práctica, con-



viene desde luego rectificarlos, haciendo notar su debilidad ó insubsistencia ante los principios legales porque esta debe rejirse; sin que ello importe sin embargo, atacar en su fondo dicha resolucion.

El que en casos como el presente, fuese inadecuado é inaplicable el procedimiento de la competencia ordinaria, para defender el Juez exhortado su propia jurisdiccion contra otro extranjero que intentase invadirla, á causa de no existir entre ambos un Superior comun, que pudiera resolver legalmente tal competencia, no demuestra en manera alguna, el que aquel debiese prestarse á reconocer la jurisdiccion ajena en perjuicio de la suya, con dar cumplimiento á la citacion solicitada en el exhorto, y á constituirse él mismo en instrumento de la usurpacion de un extraño en daño propio.

Verdad es que, no apareciendo *prima facie*, que en el conocimiento del asunto á que el exhorto se refiere, exista tal usurpacion y se menoscabe la jurisdiccion del Juez exhortado, ni suscitándose tampoco cuestion al respecto por el interesado, suele obviarse un exámen detenido sobre este punto, con la reserva ó salvedad contenida en la cláusula de *sin perjuicio de la jurisdiccion que al tribunal pudiera corresponder*.

Mas, como se comprende, ni la indicada reserva ni la enunciada cláusula, podrian tener aplicacion alguna conveniente, en el caso de que el demandado demostrase al Juez exhortado, que el asunto en que se solicitara la citacion, era de su competencia; y que por tanto, al intervenir en este el Juez exhortante, invadia su jurisdiccion; pues entonces el prestarse, á pesar de todo, al cumplimiento del exhorto, ordenando á aquel como en él se pedia, comparecer ante el exhortante, no importaria en realidad otra cosa, que renunciar su propia jurisdiccion, y reconocer indebidamente la ajena.

### III

Esta observacion demuestra tambien á las claras, la inadmisibilidad del espediente sugerido por el Agente Fiscal para



salvar la dificultad espuesta, de diligenciarse en todo caso el exhorto, practicándose la citacion del demandado que en él se solicita; y esperarse despues á que se pida tambien la ejecucion de la sentencia que recaiga en el asunto, para examinarse entonces la jurisdiccion con que se hubiese procedido y la validez ó nulidad de la resolucion.

Importando el diligenciamiento del exhorto, no obstante la oposicion del interesado y á pesar tambien de la cuestion de competencia suscitada, el reconocimiento de la del Tribunal que lo ha dirigido y de la jurisdiccion de que procede, seria tarde para desconocerla, cuando el asunto se hubiese resuelto; y fuera ademas manifesta inconsecuencia discutir la validez de la sentencia, una vez reconocida y aceptada en el caso, la jurisdiccion del Tribunal que la hubiese dictado.

En otro concepto, seria tambien inadmisibile, como ineficaz el indicado espediente para defender la propia jurisdiccion precaver invasiones en ella, y evitar el Tribunal el menoscabo de su autoridad, á saber, el de que no siempre ni las mas veces quizá, el Juez exhortante que pidiese la citacion de una persona para responder á la demanda interpuesta ante él, necesitaria despues auxilio del Juez exhortado, á fin de llevar á ejecucion lo sentenciado.

Así en el caso de demanda por jactancia que nos ocupa, una vez citado Vernet para que ocurra á la Asuncion á contestarla, se le ordenaria probablemente deducir en un término dado, las acciones que considere corresponderle en los campos á que aquella se refiere; y no verificándolo, se declararia sin duda no competirle derecho alguno, y se le condenaria á guardar perpétuo silencio.

¿Cuál seria entonces la ocasion ó la oportunidad, en que el Juez exhortado, volviendo sobre sus pasos, si comprendiera haberse equivocado al ordenar la citacion, pudiese desconocer la jurisdiccion que ya tenia reconocida? ¿De qué serviria tampoco, el que reaccionando contra sus procedimientos anteriores, declarase nula efectivamente, la sentencia por defecto de jurisdiccion en el Juez que la hubiere pronunciado?



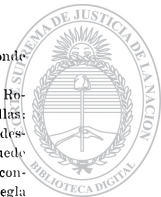
Puesto que esa resolucion solo deberia producir efecto en el Paraguay, donde se encuentran situados los campos á que se refiere la demanda de jactancia, el Juez Civil de esta Capital no tendria medio alguno de impedir tales efectos ó neutralizar los resultados; y por mas que la declarase nula, esa declaracion seria ilusoria; pues la sentencia no dejaria por esto de producir las consecuencias que procuraba el demandante y pretendia evitar el demandado.

#### IV

Refutados los fundamentos del dictámen Fiscal y de la resolucion apelada que lo toma por base, nos queda todavia por examinar, pues no se ha hecho en 1ª Instancia, la legalidad y procedencia de los que por su parte alega el recurrente para declinar la jurisdiccion en el caso *sub-judice*, del Juez Civil de la Asuncion exhortante, y establecer la competencia de los Tribunales de la Capital.

La accion de jactancia, Exma. Cámara, tuvo su origen en el Derecho Romano (Ley 5ª, *Diffamari, C. de ingen. et manum*), y se aplicaba al caso de difamacion, en que un individuo atribuyendo á otro públicamente algun delito, no llegaba sin embargo á deducir acusacion formal; pues aunque nadie debiese ser obligado á demandar ó acusar contra su voluntad, no era justo ciertamente, que el difamado sufriese sin poderlos remediar, los perniciosos efectos de la calumnia, ni el que hubiese de vivir perpetuamente con la espada de Damocles pendiente sobre su cabeza, amenazado siempre de un juicio, y sin poderlo provocar.

Se estableció por esto que en casos tales, justificada la jactancia ó la difamacion, el Juez pudiera ordenar al jactancioso entablar el juicio y deducir formalmente su querella, en el término que le designase y bajo apercibimiento no verificándolo, de imponérsele perpétuo silencio: de lo cual resulta que esta accion participaba por su origen del carácter de las



penales : y que aun siendo personal, podria deducirse donde tuvo lugar el hecho que produjera la difamacion.

La mencionada accion de jactancia pasó del Derecho Romano al de Partidas, que casi siempre sigue sus huellas: y de ella se ocupa la L. 46, tit. 2º, Part. 3ª, en la cual despues de sentarse el principio general de que nadie puede ser compelido, á entablar demanda ó deducir acusacion contra su voluntad, se previene sin embargo que esta regla sufre sus escepciones : entrando despues á especificarlas.

« La una de ellas es, dice, cuando alguno se vá alabando é diciendo contra otro, que es su siervo, ó lo enfamando, diciendo de él otro mal ante los omes. Cá en tales cosas como éstas, ó en otras semejantes de ellas, aquel contra quien son dichas, puede ir al Juez del lugar, (donde se dijeron) é pedir que constriña á aquel que las dijo que le faga demanda sobre ellas en juicio » . . . .

## V

Segun puede notarse la difamacion á que esta ley se referia, no consistia solamente en imputarse á una persona algun delito : pues que no lo era en realidad el ser siervo, sino tambien, en la que se originaba de cualquier hecho tan desdoroso como aquel, segun lo indican las palabras *ú otros semejantes*, no siendo extraño por esto, el que la práctica de los tribunales por una interpretacion extensiva, diese á la accion de jactancia amplia aplicacion.

Desdoroso era tambien sin duda alguna, propalar que el patrimonio de una persona fuese usurpado por ella, adquiriendo ilegalmente ó poseído de un modo indebido por medios ilícitos ; y desde luego la accion de jactancia se aplicó por analogía á este caso contra el autor de tales voces ó rumores.

No deja tampoco de ser difamatorio y sobre todo perjudicial en sumo grado, manifestar de un modo público, en particular, con relacion á cualquier finca poseida tranquila-





mente por un individuo, que era usurpada ó no le pertenecía, y que sobre ella le correspondían derechos al manifestante: encontrándose en esto también suficiente fundamento á la acción de jactancia.

Tanto mas se ha clasificado de ilegal este proceder, cuanto que, pudiendo producir por resultado, el que nadie quisiese adquirir tal finca, y que el poseedor se encontrase así impedido en su libre disposición, se consideraba que en ese caso, existía verdadera turbación en la posesión.

Esta, como es constante, se defiende en justicia por las acciones posesorias, cuyo conocimiento, aunque se suponen personales, corresponde sin embargo por su naturaleza, al Juez del lugar donde se encuentra situada la cosa ; y desde que la acción de jactancia se aplica también, según lo hemos indicado y es doctrina corriente, á la turbación moral de la posesión, por identidad de razón hay que atribuir igualmente su conocimiento al mismo Juez que entiende en aquellas.

Mucho mas tiene que ser esto así, desde que debiendo dar por resultado la demanda, el que se ordene al difamante ó jactancioso, deducir sus acciones dentro de un término perentorio, bajo apercibimiento de declararse que ningún derecho le corresponde en la cosa de que se trata ; y aun condenársele á guardar perpétuo silencio, el Juez que conozca de la jactancia debe ser el del lugar en que la finca se encuentra situada, pues es el único que podría hacer efectivo el apercibimiento indicado ; por ser también el llamado exclusivamente á resolver sobre el dominio y demás derechos reales.

## VI

Obsérvese ahora, á la luz de los principios que dejamos expuestos, y que se deducen con claridad de la doctrina uniforme que enseña la generalidad de los autores (Pérez y López, Teoría de la Legislación, tom. X, páj. 222 — Covarrubias, Varias, lib. I, cap. 18.—Escriche Dic. de Legis-

lacion y Jurisp. V. *Jactancia*.—Gomez, Varias, tom. III, cap. 1º, Nº 17), como flaquean todos los argumentos, y se desvanecen todas las objeciones opuestas por el demandado al ejercicio de la jurisdiccion del Juez que le manda emplazar.

Bien puede considerarse personal la accion de jactancia, sin que por esto su conocimiento correspondiese al Juez del domicilio de aquel ; pues que participando dicha accion, como se ha notado, del carácter de las penales ; y pudiendo estas deducirse preferentemente, ante el Juez del lugar donde han pasado los hechos que las motivan, de ninguna suerte se podria inferir por consecuencia de ese antecedente, la incompetencia del Juez ordinario de la Asuncion que dirige el exhorto citatorio.

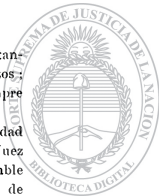
No es exacto que la accion de jactancia de que se trata, deje de tener por objeto, mantener al poseedor en el goce de la plenitud de los derechos que como á tal le competen, pues estimándose la jactancia, por perturbacion moral de la posesion, y dirigiéndose precisamente á hacerla cesar, es consiguiente el que su conocimiento como el de las acciones posesorias, corresponda al Juez del lugar donde la cosa se encuentra situada ; sin que pruebe lo contrario la observacion de que la espresada accion solo se concede contra determinadas personas, pues lo mismo sucede en los interdictos.

En fin, no embaraza tampoco la competencia del Juez exhortante el que en regla general el actor deba seguir el fuero del reo, pues con respecto á la accion de jactancia, previene Gregorio Lopez en la Glosa 3ª á la precitada ley 45, tit. 2º, Part. 3ª, que no teniendo otro objeto, que provocar el juicio sobre una cosa poseida por el querellante, éste debe ser considerado como reo, y no como actor, á los efectos de Derecho.

## VII

Nada ha variado en los principios establecidos, que determinan la competencia del Juez del lugar donde la cosa





se encuentra situada, para conocer en la demanda de jactancia que á ella se refiere, la ley vigente de Procedimientos ; antes bien, del tenor de sus disposiciones se deduce siempre el fuero en favor de la expresada jurisdiccion.

Previene en efecto el art. 128, que demostrada la verdad de los hechos que fundan la demanda de jactancia, el Juez ordenará al demandado, que dentro de diez dias entable la accion que le corresponda, bajo apercibimiento que de no hacerlo se declarará caduco todo derecho : y que pasado dicho término sin haber aquel deducido en juicio sus derechos, podrá pedirse que se haga efectivo el expresado apercibimiento.

Esta disposicion indica claramente, que el Juez á que la ley se refiere, es el competente para entender en las acciones reales, es decir, el del lugar en que se encuentra situada la cosa, sobre la cual el demandado de jactancia se atribuia derechos, y manifestaba pretensiones : pues dicho Juez es el único que podria legalmente conminar con el indicado apercibimiento ; por ser tambien el único que se hallaria en aptitud de hacerlo efectivo, declarando que ningun derecho correspondia al demandado, é imponiéndole perpétuo silencio.

¿ De qué serviria en realidad la declaracion ó la negacion de cualquier derecho real sobre un bien raiz, hecha por otro Juez que el del lugar donde este se encuentra situado, cuando segun principios inconcusos de la Jurisprudencia universal, los bienes raices en cualquier nacion, se rigen exclusivamente por sus propias leyes ; sin permitirse jamás á los jueces extranjeros ejercer jurisdiccion en ellos ? De nada, ciertamente ; y semejante declaracion seria de todo punto ilusoria y vana, no pudiendo tener efecto alguno legal.—C. C., art. 10—C. de Proced. art. 559, inc. 1º.

El resúmen, Exma. Cámara, el conocimiento de la demanda de jactancia, contra el que se atribuye derechos ó manifiesta pretensiones sobre una finca con perjuicio del poseedor, quien en defensa de lo suyo provoca el juicio, corresponde

principalmente y quizá de un modo esclusivo, al Juez del lugar donde esa finca se encuentra situada.

De consiguiente en el caso que nos ocupa, refiriéndose la demanda de jactancia á unos terrenos situados en el Chaco Paraguayo, bien ha podido el Juez Civil de la Asuncion, desde que su jurisdiccion comprende ese territorio: y puesto que alli han pasado tambien los hechos que fundan la enunciada demanda, mandar citar al demandado ante su tribunal.

Corresponde, pues, por Derecho, darse cumplimiento al exhorto dirigido al efecto, segun lo ha decidido el Juez *á quo* en la resolucion apelada; y á juicio del Fiscal, V. E. procediendo en justicia, debe confirmar esta resolucion, no obstante lo alegado en contrario.



## VISTA XIX

### CONSULTA DEL EJECUTIVO SOBRE VARIOS PUNTOS

*Exma. Cámara:* — Cuatro son los puntos que el Juez del mercado Constitución ha consultado al Sr. Ministro de Justicia y sobre los cuales éste á su vez solicita el dictámen de V. E.

1º Sobre el uso de papel sellado en el libro de actas que dicho Juzgado debe llevar.

2º Si convendría atribuir á dicho Juez la facultad de expedir los permisos para el espendio de frutos.

3º Si convendría asimismo gravar con patentes á ciertos comerciantes que han quedado sin ellas, ó porque la ley no se las impone, ó porque no han sido comprendidos en las clasificaciones hechas.

4º En fin, el restablecimiento de un registro de escrituras públicas á cargo del Secretario que sirve dicho Juzgado.

Respecto al uso del papel sellado previene la ley de la materia fecha 21 de Diciembre del año próximo pasado en su art. 45, que cualquier duda que se suscite, debe ser resuelta por la misma autoridad á quien corresponda el asunto; y en conformidad á esta disposicion la Exma. Cámara de lo Comercial hace pocos dias se declaró incompetente para resolver sobre la clase de papel sellado que correspondia á una





letra, por no ser en su tribunal donde la duda habia surgido.

Ahora si se trata de llenar alguna deficiencia de la ley vijente, es claro, que semejante medida, exijiendo la intervencion del Poder Legislativo, no caeria dentro de las atribuciones del Ejecutivo.

La ley de papel sellado es ya demasiado dura y gravosa para que todavia conviniese hacerla mas pesada, y el Fiscal encuentra inadmisibile el principio de que todo servicio público deba producir lo bastante para costearse por sí mismo.

Los Tribunales no han sido creados ciertamente para producir renta, sino para satisfacer en el pueblo la necesidad moral y urgentísima de que se diriman en justicia las cuestiones que se promueven.

La Exma. Cámara, sin dejar de ser utilísima á la sociedad, y de satisfacer necesidades vitales de primer orden, seguramente que no produce lo bastante para costearse ; sin que por esto fuera conveniente aumentar el valor del papel sellado que emplea en sus actos.

El segundo punto sobre la autoridad á la cual se pudiera encargar con mas ventaja la facultad de conceder permiso para la descarga, introduccion y espendio de frutos en los mercados, es un punto puramente administrativo y del todo ajeno de consiguiente, á las atribuciones de V. E. para que pueda ni deba dictaminar sobre él.

El Fiscal no tiene inconveniente, sin embargo, en manifestar decididamente que considera perjudicial y de malos resultados en la práctica, toda mezcla de atribuciones judiciales y administrativas en unos mismos funcionarios, pues tiende á la confusion y se opone á la independendencia de los Poderes.

No hace mucho tiempo que los Jueces de Paz, especialmente en la campaña, desempeñaban las funciones de la Policia local, haciendo de Comisarios, circunstancia que los colocaba naturalmente bajo la dependencia del Ejecutivo, y desnaturalizaba su caracter de Jueces.

Los malos resultados de una tal institucion fueron bien

pronto manifiestos, pues que se hacian servir las funciones judiciales á fines muy diversos de aquellos para las cuales habian sido creadas.

Tampoco el establecimiento de las patentes que se indican, tiene conexión alguna con las atribuciones de la Exma. Cámara, para que por su desempeño pudiera venir en conocimiento de su conveniencia ó inconveniencia, ni determinarlas en el caso.

Ademas, no espresándose por el Juez de mercado de qué comerciantes se trata ni cuáles sean las clases que han quedado exoneradas de patentes, es imposible abrir juicio alguno sobre la equidad ó la conveniencia de las patentes que proyecta.

En fin, con relacion el registro de escrituras públicas á cargo del Secretario que sirve el Juzgado del Mercado, el Fiscal debe observar que por el sistema de la Ley Orgánica con respecto á las escribanías, aquellas funciones son de todo punto incompatibles.

El sistema de dicha ley descansa en efecto, como base, en la division de los escribanos en dos clases secretarios ó causídicos y de registro; siendo estos últimos los únicos que pueden otorgar escrituras públicas, division que desde luego vendria por tierra con la anexion que se propone.

Esto es lo que el Fiscal tiene que observar sobre el asunto que se le ha comunicado en vista; y lo que cree que V. E. debe informar al Ejecutivo.

---



*Exma. Cámara:* — La garantía acordada por el art. 20 de la Constitucion Nacional en favor de los extranjeros que vengan á habitar este país, reconociéndoseles en general, la plenitud de los derechos civiles, y de un modo más especial y expreso, el derecho de ejercer su industria, comercio ó *profesion*, se refiere en concepto del Fiscal, no solamente á los oficios mecánicos y á las ocupaciones mercantiles, sino tambien á las artes liberales y á las profesiones científicas ó literarias.

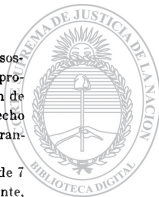
Así se ha entendido constantemente en la práctica, la expresada cláusula constitucional, y en ese sentido se ha tomado la franquicia acordada en ella á los extranjeros, como el derecho de ejercer en la República, todo género de *industria, trabajo ó profesion*, segun puede verse en el Dr. Alberdi, Organizacion de la Confederacion Argentina, páj. 382.

Los extranjeros se encuentran en efecto desde mucho tiempo en posesion de la facultad de ejercer en el país, diversas profesiones científicas, como la ingeniería, el profesorado, la medicina y la abogacia.

Ahora bien, ese derecho, con relacion á las profesiones científicas, cuyo ejercicio requiere un título público: que acredite la competencia, supone tambien el deber de respe-







tarse los que aquellos produzcan espedidos por Institutos sostenidos ó reconocidos por los gobiernos del país de que proceden, sin otras restricciones, que las que en precaucion de abusos se establecen en todas partes, y aprueba el Derecho Público Internacional; pues de otra suerte la indicada franquicia ó garantia resultaria del todo vana.

Nosotros en esta materia, tenemos la ley Provincial de 7 de Agosto de 1875, que en su artículo 2º, exige solamente, á los que pretendan ejercer tales profesiones, la presentacion de diplomas legalizados, en conformidad á lo dispuesto en las leyes nacionales, acreditar la identidad de la persona, y desempeñar un exámen de reválida.

No es pues necesario de modo alguno á los extranjeros para disfrutar en la República el derecho de ejercer libremente su profesion, ya sea esta industrial ó científica, comprobar tambien reciprocidad con el país de que proceden; condicion que por otra parte seria las mas veces ilusoria en la práctica, desde que no nos encontramos todavía, ni nos hallaremos en mucho tiempo, en aptitud de hacer competencia á los países europeos.

Mucho menos aun podria considerarse indispensable el indicado requisito de acreditar reciprocidad, tratándose, como sucede en el caso á que se refiere este dictámen, no de un extranjero, sino de un argentino, que ha obtenido su título en país extranjero, lo cual es muy diverso; pues no resultaria concesion alguna personal á un extraño, sino solamente respeto por una Universidad tan célebre, como la de Pávia, en el Reino de Italia.

El art. 2º de la precitada ley provincial de 7 de Agosto de 1875, dice testualmente asi: « Los profesores de las Universidades y Facultades extranjeras no podrán ejercer sus profesiones en la Provincia, si no presentasen diploma legalizado con arreglo á las leyes de la Nacion, acreditasen la identidad de su persona, y rindiesen además, el exámen de que habla el artículo anterior. »

Esta ley en lo que concierne á los abogados y al ejercicio



público de tal profesion debe considerarse sin duda comprendida en las de Procedimientos, que regian en la Provincia de Buenos Aires, al dictarse la nacional de 15 de Diciembre de 1881, Orgánica de los Tribunales de la Capital; y continúa ciertamente en vigencia, por virtud de lo dispuesto en el art. 312 de aquella.

En ese artículo se prescribia en efecto: que los Tribunales de la Capital se regirían por las leyes de Procedimientos Civiles, Comerciales y Criminales que hasta entonces habian regido para los de la Provincia, en cuanto fuesen compatibles con aquella ley, y hasta tanto se dicten por el Congreso las que hayan de subrogarlas.

Deduco de lo espuesto el Fiscal, respecto á la solicitud, que V. E. se ha servido comunicarle en vista, que habiendo obtenido D. Horacio Harilaos, título de Doctor en Jurisprudencia, de la Universidad de Pávia, con fecha 16 de Julio de 1880, el cual presenta debidamente autenticado, practicando despues en el estudio del Dr. D. Simon Zárraga, debe ser admitido al ejercicio público de la abogacia, previo el correspondiente exámen.

No considera aplicable al caso presente, el requisito de acreditarse la identidad de la persona, por no tratarse segun lo ha manifestado, de un extranjero recién llegado, y que con razon se presume desconocido, sino de un hijo del país al cual hace varios años que ha regresado.

Buenos Aires, Setiembre 22 de 1884.

---

## EJECUTORIA EXPEDIDA POR TRIBUNALES EXTRANJEROS

*Ecma. Cámara:* — Es principio reconocido en el Derecho de gentes y práctica establecida entre las naciones civilizadas, que se desarrolla de día en día adquiriendo mayor latitud, á medida que avanzan las ideas filosóficas, la de auxiliarse reciprocamente las naciones para el cumplimiento de las sentencias emanadas de sus respectivos Tribunales.

Viviendo todas aquellas en continuas relaciones, especialmente en la época moderna, y prosiguiendo un fin comun, su propio engrandecimiento y perfeccion, que han de alcanzar por los mismos medios, los cuales solamente hace eficaces la justicia, es consiguiente, que marchen de concierto, propendiendo á formar la sociedad universal representada en la humanidad.

Nuestra Legislacion Civil inspirándose en las doctrinas mas avanzadas y liberales no solo reconoce la validez de de los actos jurídicos practicados fuera del país, en conformidad á las leyes de aquel en que tuvieran lugar, sino que en particular, por lo que concierne á las sentencias pronunciadas por los Tribunales extranjeros, ha consignado como un derecho en favor de los interesados, el de solicitar su ejecucion.

Nada mas justo; pues el que contrae una obligacion de





cualquier género que sea, lo hace respondiendo de su cumplimiento con todos sus bienes, donde quiera que estos se encuentren; y al acreedor una vez que ha demostrado su derecho en el Tribunal competente, obteniendo resolución, no sería equitativo exigirle un nuevo juicio en cada Estado, toda vez que trate de hacerla cumplir.

Sin embargo, es necesario conciliar estos principios, por plausibles y humanitarios que sean, por medio de prudentes precauciones, con lo que exigen la independencia y la dignidad de los Estados soberanos: las cuales podrían resultar comprometidas, por el ejercicio de una jurisdicción ilegítima, que usurpase é invadiese la que á estos pertenece; ó bien convirtiese á los jueces en instrumentos de una iniquidad manifiesta.

De aquí el exámen prévio establecido por la ley, de parte de los Jueces que han de cumplir una sentencia emanada de Tribunales extranjeros, para verificar la competencia de estos en el asunto sobre que aquella versa, la citación y audiencia de los interesados, y en fin, la legalidad externa de que tales actos, deben hallarse revestidos, á fin de que pueda presumirse fundadamente su justicia.

Esa comprobación debe hacerse ciertamente con intervención de las partes; pero tales diligencias no importan, sin embargo, una nueva y solemne instancia, en que puedan oponerse otra vez defensas de todo género, y volver á discutirse la cuestión ya resuelta, sino un juicio meramente informativo, que tiene su procedimiento especial y objetos bien determinados.

Exige la ley que la sentencia de cuya ejecución se trate, no haya recaído sobre una acción real; porque debiendo ventilarse esta clase de acciones, donde la cosa se encuentra situada; á ser real la acción, resultaría que los únicos Jueces competentes en el caso habrían sido los de la República, y de consiguiente la tal sentencia vendría á importar no más que una usurpación de sus atribuciones, en que por de contado no se podría consentir.



La resolución ha de recaer, pues, sobre una acción personal ; pero no se requiere en manera alguna, ni habría podido exigirse tampoco, que el deudor se encuentre domiciliado en el Estado donde haya de ejecutarse la sentencia ; porque derivándose generalmente el fuero en las acciones personales del domicilio del deudor, requerir para que la sentencia pudiera ejecutarse aquí, que el deudor tuviese su domicilio en la República, equivaldría casi á prescribir que los Tribunales del país hubiesen sido los competentes en el asunto, en cuyo caso dicha sentencia resultaría haber sido pronunciada en usurpación de sus atribuciones.

Además, semejante exigencia vendría á salvar de responsabilidad los bienes del deudor situados fuera del Estado en que se encontrase domiciliado ; haciendo imposible la ejecución en los mismos ; ó estableciendo por lo menos, un procedimiento complicadísimo y retardatario en grave daño de la justicia y de los intereses bien entendidos de las naciones.

Cuando los Tribunales de un país, conociendo solamente en el asunto por razón del lugar del contrato, hubiesen resuelto mediante los largos trámites de un juicio en todas sus instancias, sobre una acción personal, sin hallarse domiciliado en aquel el deudor, ni tener los bienes en su domicilio, el acreedor habría de dirigirse en seguida á fin de obtener *el exequatur* al Juez del domicilio, para ocurrir recién entonces con él, al del lugar donde se hallasen los bienes.

¿ Por qué ni con qué objeto un procedimiento tan largo, complicado y dispendioso ? ¿ Es acaso menos competente en las acciones personales, el Juez del lugar convenido para el cumplimiento de la obligación, que el del domicilio ? ¿ De dónde vendría pues, y cómo se explicaría la necesidad del consentimiento de este último, para ejecutar las resoluciones del primero ?

En realidad esta pretensión no tiene fundamento alguno jurídico : el derecho para hacer ejecutar una resolución



es correlativo de la facultad de pronunciarla ; y corresponde naturalmente al Tribunal competente que ha conocido en el asunto, el cual tratándose de acciones personales, tanto puede serlo el del domicilio, como el del lugar del contrato.

Si, pues, no se niega que los Tribunales de esta capital podrian proceder á la ejecucion de la sentencia en cuestion por exhorto ó requisitoria de los de Madrid, que se dice ser el lugar del domicilio del deudor, no se comprende por que no pudieran hacerlo tambien á peticion de los de Roma, que son los que han pronunciado dicha sentencia; y cuya competencia por razon del contrato, no se ha negado ni puesto en duda siquiera.

Los Tribunales de un país, requeridos para el cumplimiento de una sentencia dictada en otro Estado extranjero, ó por los Jueces que la pronunciaron, ó por los mismos interesados en su ejecucion, proceden en esto por una especie de delegacion expresa ó tácita; siendo solicitados, no en consideracion á su competencia originaria en el asunto, que no pueden tener seguramente, sino por la posibilidad en que se hallan de hacer práctica la resolucion.

El Derecho antiguo prescribia en casos tales, como de necesidad, el exhorto del Juez de la causa al del territorio en que el deudor tenia sus bienes, que habia de hacer cumplir la resolucion, solicitando la ejecucion. Mas tarde en las mismas ejecutorias espeditas por los Tribunales superiores, se insertaba orden dirigida á los inferiores y encargo deprecatorio para los que no dependian de ellos, á fin de que procediesen desde luego á su cumplimiento, prestando el auxilio conveniente.

Hoy con razon la ley, al ordenar el cumplimiento de las sentencias ejecutoriadas dictadas por Tribunales extranjeros, ha prescindido absolutamente de la formalidad del exhorto ; no pudiendo dudarse de modo alguno ya sea que este se presente ó nó, del consentimiento de aquellos en que se preste apoyo á su autoridad para la ejecucion de sus resoluciones, toda vez que sea necesario.

Esta explicacion resuelve la dificultad suscitada por parte del demandado, observando que la ley de procedimientos civiles prescribe la audiencia de la persona contra quien se haya de ejecutar la sentencia ; lo cual, estando aquella ausente, y no teniendo su domicilio en el lugar, haria indispensable la citacion, diligencia que supone sin duda, jurisdiccion en el que la manda practicar.

Indudablemente el ejecutor la tendria con respecto á la persona del deudor condenado, aunque no fuera el Juez del lugar de su domicilio, derivada en la manera expuesta de la que ejerce el Tribunal competente por el lugar del contrato, que seria necesariamente el que hubiese espedido la referida sentencia ; invistiéndola ademas propia en los bienes sobre los cuales trataria de hacer la ejecucion.

Dedúcese de aquí la inconducencia manifiesta de la prueba requerida en el caso presente acerca del lugar en que se encuentre domiciliado el demandado ; pues no siendo esta una circunstancia que la ley tiene en vista, para conceder ó rehusar el cumplimiento de la sentencia, tampoco la indicada circunstancia podria influir en esa resolucion.

Ha sido por tanto acertada la sentencia del Inferior que así lo declara, revocando el auto por el que equivocadamente, la causa habia sido recibida á prueba sobre el punto indicado : y en sentir del Fiscal, por las consideraciones expuestas, debe confirmarse dicha resolucion, acerca de la cual versa el recurso de apelacion traído ante V. E.



## VISTA XXII

### RECURSO DE FUERZA

#### SUMARIO:

El recurso es de conocer—Se refiere á un juicio entre vecinos de la Provincia—Si hubiese usurpacion de Jurisdiccion seria de la de sus tribunales—No lo incumbe al Fiscal de las Cámaras de la Capital defender esa Jurisdiccion; ni á la Cámara Civil definirla—El tribunal es pues, incompetente.

*Exma. Cámara:*—Instruido el Fiscal por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, de los autos originales traídos de la Curia Eclesiástica, en virtud de despacho ordinario expedido por recurso de fuerza que ha entablado Da. Feliciano Zoumantin, con motivo de haberse ordenado el depósito de su persona, en el juicio de divorcio por sevicia, que sigue contra su marido D. Juan Glizt, encuentra que los cónyuges no son vecinos de esta Capital; pues ambos viven domiciliados en Chivilcoy, partido de la Provincia de Buenos Aires; y si han ocurrido á dicha Curia, es solo en razon de que su jurisdiccion comprende, ademas del municipio que sirve de Capital á la República, los términos de la indicada Provincia; de lo cual resulta que el asunto ha sido traído indebidamente á este Tribunal, porque aunque efectivamente hubiese habido en él, como se supone, avance de jurisdiccion por parte de la autoridad eclesiástica en el ejercicio de la que le pertenece





y en menoscabo de la Civil, no lo seria en perjuicio de la que invisten los Tribunales Nacionales de la Capital, sino únicamente de la que concierne á los de la Provincia, que ni al esponente le incumbe defender, ni le toca á V. E. el definir; en cuya consideracion el Fiscal opina, que V. E. es incompetente para conocer en el espresado recurso, y que en consecuencia debe espedirse en él, ordenando á la interesada que ocurra donde corresponda; y que se devuelva el expediente al Juzgado Eclesiástico de su procedencia.

Buenos Aires, Agosto 13 de 1883

---



# VISTA XXIII

## RECURSO DE FUERZA

### SUMARIO:

El recurso versa sobre el modo de conocer y proceder—Se funda en que no se ha permitido á la parte presenciar las declaraciones—Esta se queja además de haber sido depositada en la Casa de Ejercicios—Se procede equivocadamente al suponerse que los juicios eclesiásticos son regidos por las Leyes de Procedimientos Civiles—La Ley Nacional de 14 de Setiembre de 1863 no ha sido dada para la Curia Eclesiástica—Si ella la ha adoptado es solamente como supletoria del Derecho Canónico—Segun éste, el exámen de testigos especialmente en el juicio de divorcio, debe ser reservado—Cuando versa entre católicos, la Curia es la que ordena el depósito de la muger—Se encuentra en posesion de esa facultad; y le está reconocida por los tribunales—De consiguiente es ella tambien la que provee las medidas necesarias en caso de violacion del depósito—Este no puede confundirse con la prision: corresponde al marido solicitar esas medidas—Hay violacion del depósito, cuando la muger abandona la casa en que ha sido colocada, sin conocimiento del tribunal—Esto es precisamente lo ocurrido; y las medidas adoptadas con ese motivo son perfectamente legales—Doctrina de Tápia sobre los puntos indicados, de la cual resulta que el recurso deducido es improcedente.

*Exma. Cámara:*—El Fiscal se ha instruido por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, del recurso de fuerza en el modo de conocer y proceder, entablado en el juicio de divorcio: que se sigue en la Curia Eclesiástica, al cual se refiere el expediente de la materia.

El expresado recurso se funda, por una parte, en que los





testigos aducidos en el indicado juicio han sido examinados secretamente, sin permitirse al representante de la recurrente presenciar el exámen y escuchar las declaraciones, como se halla dispuesto en la Ley de Justicia Federal.

Por otra, en que á petición de su marido, la recurrente ha sido depositada en la casa de Ejercicios; lo cual considera como una prision, y una medida completamente irregular, por carecer de todo fundamento, y no haberse llenado tampoco las formas legales.

En cuanto á lo primero, se incurre en el doble error de considerar á la Curia Eclesiástica, como á otro cualquier Tribunal Nacional, sujeto en todo y por todo á las reglas y procedimientos de los Juzgados Civiles; y en el de suponer que la ley nacional de 14 de Setiembre de 1863 ha sido dictada, para reglamentar el órden de los juicios eclesiásticos.

La indicada manera de considerar los Tribunales Eclesiásticos, envuelve un concepto equivocado; porque siendo la iglesia una institucion independiente del Estado, pues no debe su creacion á los Poderes políticos, rigiéndose tambien por una legislacion propia y especial, es á esta principalmente que los Tribunales Eclesiásticos deben ajustarse.

«La Iglesia, dice uno de los principales canonistas, es una sociedad verdadera; compuesta de los fieles y sus pastores, con régimen, gerarquía, leyes y disciplina que le son propias. Sociedad perfecta, cual puede serlo cualquiera otra; pero con la ventaja de que su origen es manifiestamente divino; como lo es igualmente su constitucion fundamental.»

Hablando de las partes que forman el Cuerpo del Derecho Canónico, dice otro: «existen tambien en él, algunas leyes de los Emperadores, que propiamente hablando no pueden constituir Derecho Eclesiástico; porque nadie puede dictarlo fuera de su jurisdiccion; y porque no habiéndoles comunicado los Pontífices, fuerza y autoridad, carecen enteramente de ella.»

No debe desconocerse ciertamente al gobierno todo derecho para intervenir en la organizacion de los Tribunales Ecle-



siásticos, ó para dictar medidas que podrán á veces afectar los procedimientos de los juicios correspondientes á aquellos Tribunales: pero esa facultad deriva solamente del Patronato el cual implica deberes de proteccion; y de consiguiente no podria ser ejercitada en sentido contrario de las disposiciones Canónicas.

Mas sea de esto lo que se quiera, el hecho es que la enunciada ley de 14 de Setiembre de 1863 solo ha sido dada para regir los procedimientos de la Suprema Corte de Justicia Nacional y de los Tribunales Federales, entre los cuales no puede incluirse en manera alguna la Curia.

Si á pesar de esto, rige tambien en ella, consiste exclusivamente, como lo esplica el Fiscal Eclesiástico, en haber sido adoptada como supletoria.

Se comprende, sin embargo, claramente, que ella no puede regir, sino para los casos no previstos por el Derecho Canónico; y en cuanto no se oponga á sus disposiciones: pues no pudiendo de modo alguno derogarlas el señor Arzobispo, tampoco podria adoptar espontáneamente reglas, ni principios que las contrariasen.

Ahora bien, con arreglo á las prescripciones del Derecho Canónico, el exámen de los testigos, especialmente en las causas matrimoniales que podria producir escándalo, debe hacerse reservadamente; permitiéndose á la parte tachar los testigos en sus personas al tiempo de ser presentados y en sus dichos, á la publicacion de probanzas; forma que garante suficientemente, la defensa de los litigantes.

No era pues, procedente en el juicio de divorcio de que se trata, la pretension del representante de la recurrente, de presenciar el exámen de los testigos, por mas que esto se permita en los Tribunales Federales, donde la prueba es pública con arreglo á lo dispuesto en la indicada ley nacional; ni es tampoco fundado el recurso de fuerza que se trae á V. E. por el desconocimiento de parte de la Curia, de ese pretendido derecho que en realidad no competia á la recurrente.

En cuanto al depósito de la mujer, en los juicios de divor-



cio entre católicos ó entre personas casadas con autorizaci6n de la Iglesia, que corresponden á la Curia Eclesiástica, ni se ha controvertido la facultad de ordenarlo, ni puede aquel tampoco propiamente, considerarse prisi6n, por mas que á veces se verifique en algun monasterio ú otro establecimiento semejante.

Estos no son destinados á cárceles, ni rigen en ellos reglamentos carcelarios; no se impide á la mujer depositada el trato con sus parientes, ni la relacion con personas que no infundan sospechas, aunque sea cierto que existe vigilancia, y que hay tambien necesidad de respetar ciertas restricciones.

La Curia Eclesiástica se encuentra en posesi6n de esa facultad, que naturalmente debe corresponderle, por tratarse de un incidente relativo á un juicio principal de su competencia; y ese derecho que se le ha respetado siempre por los Tribunales Superiores, le ha sido reconocido tambien espresamente por la misma recurrente, antes de ahora.

La cuesti6n asi considerada vendría á reducirse á averiguar si la autoridad judicial, que es competente para ordenar el dep6sito en un juicio de que conoce, en caso de violaci6n, lo sea tambien para prescribir las medidas consiguientes, que en el de que se trata, no podrian ser otras que un nuevo dep6sito de la mujer, en lugar que ofreciese mayor seguridad y donde hubiese mayor vigilancia.

En efecto, Exma. Cámara, lo ocurrido en el caso *sub-judice* es, que habiéndose constituido en dep6sito voluntariamente la recurrente, ante la autoridad eclesiástica en la habitaci6n que designó, durante el juicio ha abandonado este domicilio, y cambiádolo por otro, sin conocimiento del Tribunal, y sin que su propio marido tuviera noticia alguna de su paradero.

Nada tiene pues, de extraño que este, á quien á pesar del juicio de divorcio que sostiene, no puede ser indiferente la conducta de su esposa, se apresurase á reclamar de un proceder tan irregular, pidiendo que fuese depositada en la casa de Ejercicios; y nada tuvo tampoco de abusivo por parte de



la Curia, el acceder á esta peticion, desde que aun el Código Civil autoriza espresamente al marido en casos semejantes para solicitar las medidas necesarias.

En comprobacion de las doctrinas espuestas por el Fiscal, y para obviar muchas otras citas que podria aducir, se permite solamente invocar las opiniones del Dr. Tapia que tanta autoridad goza en los Tribunales, que puede decirse, aquellas son respetadas como leyes.

Este autor, despues de establecer que el conocimiento del juicio de divorcio, corresponde á la autoridad eclesiástica, tratando de los trámites que en él se observan, se espresa en los términos siguientes :

« Puede la mujer por medio de un otrosi solicitar su depósito en la casa de sus padres ó en algun monasterio para evitar el mal trato, ó cualquier daño grave que pudiera seguirsele de continuar viviendo en compañía de su marido: y por igual motivo, si el caso fuera urgente, puede decretarlo preventivamente el Alcalde constitucional ante quien se celebró el juicio de conciliacion, pudiendo despues el Juez Eclesiástico confirmar el depósito ó variarlo, si lo creyese necesario, empero, siempre con la condicion de interino, pues si la demanda no fuese admitida, quedaría aquel sin efecto. »

« Si la mujer no se encontrase bien, en la casa en que estuviese depositada, puede pedir su traslacion á otra, alegando para ello una justa causa, de cuya pretension deberá darse traslado al marido, y si este se opusiese se formará un artículo, que se decidirá y sustanciará por los trámites ordinarios. Igual reclamacion puede hacerse por parte del marido si no le inspirase confianza la casa donde su mujer estuviese depositada, y en su consecuencia puede designar un lugar recogido para su traslacion, y el Juez accederá á su pretension, si estimase justos los motivos alegados, y le inspirase confianza la casa designada. Esta providencia ha de notificarse tambien á la mujer, la cual puede oponerse á su vez siguiéndose en este caso otro incidente, como el del caso

anterior. — Edicion de Madrid de 1846. Tomo 9º, páj. 140, núm. 7.

Segun esta doctrina, la facultad de ordenar el depósito de la mujer, en los juicios de divorcio entre católicos, corresponde siempre á la autoridad eclesiástica, sin perjuicio de las medidas preventivas, que la urgencia del caso pudiera hacer necesarias, de parte de la autoridad civil.

Por lo regular, el depósito se constituye en casa de los padres ó deudos inmediatos de la mujer; ó bien en algun monasterio ú otro lugar recogido: sin que esto se considere una prision ni arroje nota alguna desdorosa sobre la conducta de la esposa.

Aun cuando esta tenga motivos justos para no permanecer en la casa donde se encuentra depositada, como los que alega la recurrente, no le es permitido sin autorizacion, abandonar ese domicilio, pues debe hacer presente al Tribunal los indicados motivos.

Así mismo, si la casa donde existe depositada la mujer infundiese alguna sospecha al marido, puede este solicitar la traslacion á un lugar recogido que indique.

Con mayor razon, pues, en el caso presente ha podido pedir esto mismo, desde que la mujer, abandonando de propia autoridad, la casa en que se hallaba depositada, se habia trasladado á un domicilio desconocido; lo cual hacia necesarias las medidas urgentes que se adoptaron.

El Fiscal, no encuentra, segun lo espuesto, irregularidad alguna, exceso, ni abuso en los procedimientos de la Curia Eclesiástica, que acaba de examinar á la luz de los principios que rigen la materia; opinando por lo mismo que V. E. no puede hacer lugar al recurso de fuerza deducido; y que debe ordenar se devuelvan á dicho Tribunal los autos que ha remitido originales.

Buenos Aires, Julio 8 de 1885.



# VISTA XXIV

## RECURSO DE FUERZA

### SUMARIO:

Relacion de los hechos segun el recurrente—Rectificaciones indispensables—Son incompatibles y no pueden acumularse los recursos de fuerza en conocer, con el del modo de conocer y proceder—Si el recurso de fuerza en conocer necesita ó no *preparacion*, y en que consista esta—En la omision de que se acusa á la Curia no hay usurpacion de Jurisdiccion—El recurso sobre el modo de conocer y proceder no ha sido preparado—El defecto de trámite para que funde legalmente este recurso, ha de importar *injusticia notoria*—Ha de ser ademas, de los que en el fuero civil producen la nulidad del juicio—En fin, debe tener lugar en sentencia definitiva ó interlocutoria con fuerza de tal—En el procedimiento reclamado no se encuentran estas condiciones—La injusticia intrínseca de una resolucion no dá lugar á los recursos de fuerza—Diferencia al respecto, entre éstos y la *apelacion del abuso*.

*Exma. Cámara:* — Don Luis Lohezic se presentó ante V. E. con fecha 7 del corriente, exponiendo ; que la Curia Eclesiástica de esta Capital habia admitido á su esposa D<sup>a</sup> Mercedes Oromí de Lohezic una solicitud de divorcio, que ni siquiera podia considerarse verdadera demanda, por la ilegalidad ó insuficiencia de las causales alegadas ; y porque acerca de ellas no se ofrecia tampoco la sumaria correspondiente ; no obstante los cuales defectos, la habia pasado al Juez de conciliacion, depositando desde luego á la







mencionada esposa del recurrente en la casa del domicilio conyugal, Venezuela 136 : —

Que como esta providencia, impidiéndole el acceso á dicha casa, donde tenia sus libros, papeles y otros objetos, venia á privarle el uso de ellos, no pudiendo consentirla, habia solicitado el que se declarase que la indicada medida no le impedía disponer de tales objetos; pero que el Provisor *no quiso proveer sobre esta peticion*, lo cual le obligó á manifestar que procedería á ocupar aquellos, y que con ese fin ocurriría, lo cual verificó efectivamente, á la indicada casa, en que se hallaba depositada su esposa;—

Que en esas circunstancias llegó una orden emanada de la Curia Eclesiástica y comunicada á la Policia, para que ésta le impidiese la entrada á la espresada casa, segun lo ejecutó; orden que fué espedida sin que lo prescribiese providencia alguna dictada en el espediente del mencionado juicio, como se lo acababa de manifestar el actuario.

Deducia de lo espuesto el recurrente que la Curia Eclesiástica no solo habia ultrapasado sus atribuciones (hecho fuerza ), al privarle de los indicados objetos, con lo cual le habia ocasionado graves perjuicios : sino tambien incurrido en las notables irregularidades de trámite que dejaba indicadas: concluia pues solicitando el que V. E. declarase que habia habido fuerza en los casos que determinaba ; anulase en consecuencia todo lo obrado y reparase asi tales abusos.

Como esta relacion, Exma. Cámara, es incompleta é inexacta, el Fiscal antes, de pasar adelante en el asunto, para deducir el derecho establecido con relacion al caso *sub judice*, se vé en la necesidad imprescindible de rectificarla, teniendo presente para esto el espediente obrado ante la Curia, que lo ha remitido original « ad effectum videndi.

Nó es exacto que la demanda de divorcio deje de contener las causales en que se funda tal pretension, ni que éstas puedan estimarse desde luego, como notoriamente frivolas é insuficientes ; aunque es verdad que la principal de ellas, por la esquisita cultura del lenjuaje que se emplea,



se haya manifestado de un modo algo vago y oscuro, que mas bien la indica que la expresa.

Pero debiendo producirse inmediatamente, sobre las referidas causales, una sumaria informacion de testigos, en la cual por necesidad habrá de descenderse á los detalles y constatarse especificadamente los hechos alegados, el defecto de la demanda, si es que existe, desaparecerá sin duda de esa manera : y en todo caso, nunca pudiera estimarse tal que debiera hacerla desechar « in limine », sin trámite alguno.

La Curia Eclesiástica, antes de producirse la indicada sumaria, admitió solamente la demanda de divorcio, á efecto de proveer la separacion provisoria de los esposos, que es una medida meramente preventiva, de caracter urgente por su naturaleza, y al de pasar el asunto al Juez de Conciliacion, para lo cual no se precisan por cierto fórmulas, ni ritualidades de ninguna clase.

Ejerciendo la iglesia en esto una autoridad puramente maternal, dirigiéndose á la conciencia de los esposos católicos; y no empleando otros medios que los de la persuacion y el convencimiento, dictan la razon y el buen sentido, y es tambien perfectamente conforme con la práctica, que en este procedimiento no pueden ni deben exigirse trámites estrictos, que embarazen la accion de quién se propone la provechosa mision de conciliar los ánimos.

Consiste en esto principalmente, una de las grandes ventajas del carácter religioso que atribuyen al matrimonio todos los cristianos, y de especial sacramento con que lo distinguen los católicos, el reservar por consecuencia, el conocimiento de las delicadas cuestiones matrimoniales bajo el indicado aspecto, á la única autoridad moral que posee medios eficaces para obrar sobre las conciencias, cuando se trata de deberes que, como los que ligan á los esposos entre sí, en su mayor parte escluyen toda coaccion : la cual empleada en calidad de medio compulsorio, en vez de ser eficiente, no haria mas que envilecerlos.



La demanda, es cierto no ofrecia expresamente sumaria informacion sobre las causales alegadas, pero este ofrecimiento se sobreentendia sin duda, por ser ese un trámite tan trivial como indispensable : y la Curia Eclesiástica lejos de omitirlo, apenas se dió cuenta por el Juez de Conciliacion de que esta se hacia imposible por la inasistencia de la Sra. Oromí, mandó sobre la marcha producir dicha sumaria, por decreto fecha 11 del corriente, que se registra á fojas 4 del expediente agregado.

En fin, no es exacto tampoco que en este no hubiera constancia de haberse mandado librar la órden que se comunicó al jefe de Policia, para que impidiese al ocurrente la entrada á la casa donde se hallaba depositada su mencionada esposa, pues á fojas 8 y al pié de la peticion de esta señora, con motivo del incidente á que se refiere, corre el decreto mandándose librar la espresada órden, la cual resolucion se funda en que la providencia por la que se autorizó el depósito de su esposa, habia sido consentida por por el Sr. Lohezic.

Tan cierto es esto, Exma. Cámara, que efectivamente consta de autos el que la indicada providencia se encontraba ejecutoriada, no solo por haberse dejado de interponer contra ella, en tiempo y forma, los recursos legales á que pudiera haber lugar, sino tambien por haber manifestado expresamente el señor Lohezic su conformidad con ella en su pedimento de fojas 5.

« Aunque tal disposicion (la que ordenaba el depósito), dice en ese pedimento, era dolorosamente ofensiva por la causal invocada para pedirla, la acepté sin protesta, pues es mi resolucion no agriar este juicio, cuyas verdaderas causas no están en mi hogar, sino en los extraños que desde el dia de mi matrimonio se propusieron obtener una separacion ».

Rectificada, Exma. Cámara, en la parte que ha creido necesaria, la relacion de los hechos en que se fundan los recursos de fuerza deducidos en el caso presente por el Sr. Lohezic, el Fiscal pasa á examinar estos recursos en su



forma y en el fondo, recordando las disposiciones legales concernientes á la materia, para deducir de ese estudio la procedencia ó improcedencia de aquellos en el caso de que se trata.

Dos son los espresados recursos : 1º de fuerza *en conocer*; 2º *en el modo de conocer y proceder* : ambos legales y de uso frecuente en sus respectivos casos ; pero por otra parte contradictorios é incompatibles por su naturaleza : lo cual no obstante, en el presente se han acumulado inconsideradamente.

Teniendo el primero por objeto la defensa de la Jurisdiccion Civil, siempre que en perjuicio suyo, la autoridad Eclesiástica entre á conocer en asuntos que no le pertenezcan, dicho recurso supone ciertamente, que la causa de que aquella entiende de un modo indebido, es láica ó Civil.

El segundo, por el contrario que solo se refiere al modo de conocer y proceder, supone indispensablemente que el asunto sea espiritual, y que por tanto su conocimiento corresponda legalmente á la autoridad Eclesiástica ; la cual, sin embargo en la manera de tramitarlo, no se ajuste á las reglas establecidas por los sagrados cánones, omitiendo las formas sustanciales del juicio, en términos de comprometer el derecho de la defensa natural.

Estos recursos no solo se diferencian del modo mas marcado y manifesto, por las hipótesis á que se refieren, segun lo que se acaba de esponer, sino que tambien tienen determinados trámites precisos y muy diversos : siendo así mismo distinta la resolucion que los termina ; todo lo cual hace que no puedan acumularse en manera alguna, entablándose simultáneamente.

Cuando se declara que hay fuerza en conocer, anulándose por defecto de jurisdiccion, todo lo obrado en la Curia Eclesiástica, se manda pasar el asunto á los Tribunales Civiles á quienes pertenezca ; pero cuando solo hay fuerza en el modo de conocer, la causa se devuelve á la Curia para que por si misma subsane el trámite omitido, reponiéndose el negocio al estado que corresponda.



En el caso que nos ocupa, el juicio es de divorcio entre católicos ó personas casadas con autorizacion de la Iglesia católica, á la cual por lo mismo corresponde exclusivamente su conocimiento, en conformidad á lo dispuesto en el artículo 201 del Código Civil . y como Juez competente en lo principal, la Curia Eclesiástica es tambien la que autoriza la separacion provisoria de los consortes, y el depósito de la muger ; derecho que el Sr. Lohezic no le niega, antes bien, le reconoce espresamente.

La providencia que determina el indicado depósito de la muger, solo tiene en mira garantir su seguridad personal durante el juicio ; y aunque accidentalmente, mientras ésto se arreglaba en el caso presente, haya podido privar al recurrente del uso actual de algunos documentos y otros objetos, en realidad aquella medida nada resuelve sobre la propiedad, posesion ó uso de los bienes, porque cualquier cuestion que á ésto se refiera, no corresponde á la autoridad Eclesiástica, sino á los Tribunales Civiles lo mismo que el determinar sobre alimentos y *litis expensas*. — Arts. 202 y 203.

Ha sido pues á todas luces equivocado el proceder del Sr. Lohezic, al dirigirse á la Curia Eclesiástica para que le permitiese el uso de los libros, documentos y objetos á que se refiere ; porque á quien debia haber recurrido á este fin era al Juez de lo Civil ; aquel Tribunal ha obrado con acierto absteniéndose de provéer al respecto ; y fuera de toda duda, si algo debia provéer á semejante peticion, habria sido solo ordenando al peticionante que ocurriese donde correspondiera.

Tan distante está, Exma. Cámara, de que la conducta de la autoridad Eclesiástica, al abstenerse de resolver sobre la indicada peticion del Sr. Lohezic, pueda motivar en manera alguna el recurso de *fuerza en conocer*, que precisamente habria incurrido en un exceso y motivado legalmente ese recurso, concediéndole el uso ó posesion de las cosas que solicitaba; porque siendo privativo de los Tribunales legos determinar sobre los bienes, al hacerlo la Curia, habria ultrapasado,



sin duda alguna sus atribuciones, é invade la jurisdiccion de los Jueces Civiles.

Respecto á la forma de este recurso, aunque reconocemos con sinceridad que la opinion comun de los autores no exige *preparacion*, para el de fuerza en conocer, es decir, el que antes de emplearse, se le observe al mismo Tribunal Esclesiástico que el asunto en que entiende no le corresponde, á fin de que se inhiba de su conocimiento, encontramos no obstante mas fundada la doctrina opuesta enseñada por el Dr. Lira, que en esto se conforma á la regla de que no debe ser permitido ocurrir á los recursos extraordinarios, mientras existan los comunes ú ordinarios.

« Disputase, dice el Dr. Lira, si el recurso de *fuerza en conocer* necesita preparacion. Aunque muchos autores están por la negativa, la opinion contraria nos parece no solo mas segura en la práctica, sino tambien la mas respetuosa y hasta la mas conveniente; pues puede suceder que advertido el Juez Eclesiástico de su incompetencia, se abstenga de proseguir en el conocimiento del negocio, y quede así logrado el objeto del recurso con menos dilaciones y gastos ».—Pronuario de los juicios, tom. 3º, páj, 402.

Tambien el Dr. Castro, hablando de la manera de interponerse este recurso, dice: « Cuando el Juez Eclesiástico hace fuerza en conocer y proceder en causa profana que corresponde á la jurisdiccion secular, la parte á quien quiera sujetar indebidamente á su fuero, ó el mismo Juez secular, á quien usurpa la jurisdiccion, despues de haber pedido ó requerido al eclesiástico para que se abstenga del conocimiento de la causa y la remita al Juez competente, debe introducir el recurso, por sí ó por medio de procurador ante la respectiva Cámara de Justicia ».—Práctica Forense, página 128, N° 331.

Ahora bien, en el caso presente no han precedido á la introduccion del recurso de fuerza en conocer tal requerimiento ni tal protesta á la autoridad eclesiástica, para que se abstuviese de conocer en el asunto, que segun se supone no le



pertenecía ; sino que inmediatamente de cumplimentada la orden de hacer respetar el domicilio de la señora Oromí, sin mas ni mas, su esposo se ha dirigido á V. E. acusando usurpacion de autoridad á la Curia Eclesiástica, á quien él mismo instaba poco antes para que proveyese sobre lo que no le correspondia.

Esto por lo que concierne al recurso de fuerza en conocer: por lo que toca al recurso sobre el modo de conocer y proceder, aun son mas resaltantes así las irregularidades de forma, cuanto su improcedencia por falta de fundamentos bastantes que lo justifiquen legalmente.

Aunque como acabamos de manifestarlo, hay diversidad de opiniones entre los autores, sobre si el recurso de fuerza en conocer requiere ó no preparacion, la cual hemos explicado tambien en que consiste, no sucede lo mismo, es decir, no hay tal diversidad de opiniones, sobre la necesidad imprescindible del indicado trámite, en los recursos sobre el modo de conocer y proceder; pues que todos ellos unánimemente, nemine discrepante, convienen en que en este es indispensable.

Y sin embargo, en el caso presente, tampoco el recurso sobre *el modo de conocer y proceder* ha sido preparado, reclamándose á la Curia Eclesiástica la irregularidad de sus procedimientos para que la subsanase, y protestándose, ocurrir en caso contrario á V. E: por el correspondiente recurso de fuerza : de suerte que aun en el supuesto de ser justo en el fondo, el tribunal respetando los trámites establecidos, jamas podria admitirlo, y deberia limitarse á declarar que « no viene en forma, » esto es, « por el orden y en los términos debidos. »

Hay mas, por decision expresa de la ley, el punto ó los puntos del procedimiento sobre que verse la cuestion y que motiven el recurso de fuerza sobre *el modo de conocer y proceder*, no han de ser oscuros ni dudosos, sino que por el contrario deben ser tan claros, que pueda considerarse que la



resolucion reclamada contiene *injusticia notoria*—Caps. I, II, y XIV del Auto 4, tít. 1º, lib. 4º, R. C.

Ahora bien, aun admitiendo que la principal causa invocada para el divorcio, por hallarse expuesta en la demanda de un modo algo vago y oscuro, pudiera parecer insuficiente : lo cual sin embargo, se podria estimar mejor con el resultado de la sumaria mandada producir, el darse curso á dicha demanda, de ninguna suerte tiene el carácter de una injusticia manifiesta, sino mas bien el sello de la sencillez en procedimientos en que solo se procura la verdad.

Tambien debe tenerse presente para decidirse si procede ó no, á causa de su omision, el recurso de fuerza sobre *el modo de conocer y proceder*, la importancia de las formas omitidas ó de la alteracion en los trámites del juicio ; porque es claro que no cualquier defecto ó irregularidad por insignificantes que fueran, motivarian suficientemente el expresado recurso ; sino solo, cuando versando sobre las solemnidades sustanciales, viniesen á comprometer la defensa.

Es indudablemente en esta consideracion, que explicando el punto que tratamos, uno de los autores mencionados, establece que para la legitimidad del expresado recurso, « es menester que los trámites violados sean de los que producen la nulidad del juicio ó la indefension de las partes. »

En el mismo sentido se expresa el Sr. Vila sobre la importancia que han de tener las irregularidades del trámite, que motiven el indicado recurso, diciendo : « que así como en el fuero civil la falta de las formas esenciales de la ritualidad de los juicios determinadas literalmente por la ley, dá cabida al recurso de nulidad, así en el fuero eclesiástico la falta de esas mismas formas esenciales dá cabida al recurso de fuerza *en el modo*. — De los Juicios, lib. 3º, cap. XII, Núm. 9.

Haciendo ahora aplicacion de esta doctrina al caso que motiva el recurso de que nos ocupamos, es manifiesto que ni la admision de una demanda de divorcio, en que no se ofrecia sumaria informacion de las causales alegadas ; pero que





se ha mandado producir, ni la supuesta insuficiencia de dichas causales estimadas no obstante por bastantes, á fin de que puedan esclarecerse, producirían jamas la nulidad del juicio.

Pero no basta tampoco á motivar los recursos extraordinarios de fuerza la gravedad misma de las providencias reclamadas ; pues que la ley, yendo adelante todavia, previene ademas que solo proceden los enunciados recursos, cuando se trate de sentencia definitiva ó de interlocutorias con fuerza de definitivas, cuyo gravámen, en caso de producirlo, no pueda repararse por éstas.—37, tit. V, lib. 2º, R. C.

Hé aquí los términos en que se expresa : — « Mandamos á los Presidentes y Oidores de las Audiencias que de aquí adelante no libren cartas para traer por vía de fuerza procesos algunos eclesiásticos de autos interlocutorios, salvo si fueren tales que tengan fuerza de definitivas y que en ellas no se puedan reparar. »

Digamos como explica y comenta esta disposicion el doctor Sagui : — « Tambien, dice, debe tenerse muy presente que la ley solo admite recursos de fuerza, cuando se trate de sentencia definitiva, ó bien de resoluciones interlocutorias con fuerza de tales ó de gravámen por ellas irreparable. »

« Mas esto sin duda debe entenderse de los recursos en *el modo de proceder* y en los de no otorgar, no solo porque así lo hace ver la ley citada, sino porque los otros en *conocer y proceder*, cualquiera que sea la providencia del Eclesiástico, usurpa y hace fuerza por el mismo hecho. » — Tratado elemental de procedimientos, N° 1346, inc. 10.

Bien, pues, la providencia que en el caso *sub judice* admite una demanda de divorcio, cuyas causales se pretende ser insuficientes y acerca de las cuales no se ofrecia sumaria ; pero que sin embargo aquella providencia manda producir, segun está de manifiesto, no es sentencia definitiva, ni puede tener tampoco fuerza de tal, como sucede en toda resolucion recaida en juicio sumario : ni en fin, en caso alguno, contendria gravámen irreparable por la definitiva.



Si la referida demanda fuese oscura, debiendo ser oído mas tarde el Sr. Lohezic, podría ciertamente observarlo oponiendo la excepcion de *libelo oscuro*. Si las causales del divorcio no fuesen legítimas, podrá tambien alegarlo al contestar la demanda. En fin, el tribunal que conoce de la causa, á pesar de haberlas admitido al efecto de dar ingreso al juicio en el cual se esclareciesen y de acordar desde luego, la separacion provisoria de los esposos, podría no obstante sin inconsecuencia alguna, desecharlas en definitiva.

Estas observaciones que se presentan de suyo espontáneamente, demuestran de una manera concluyente que en ningun caso, la indicada providencia pudiera causar gravámen irreparable, ni de consiguiente motivar el recurso de fuerza en *el modo de conocer y proceder*, en conformidad á la disposicion legal que se acaba de mencionar y que se ha trascripto.

El recurrente concluye como en cualquier recurso ordinario de apelacion y nulidad, pidiendo que V. E. enmiende ó repare los abusos que denuncia; pero desde que estos consisten segun lo manifiesta en haberse admitido una peticion, que no es verdadera demanda de divorcio, por la insuficiencia é ilegitimidad de las causales alegadas, V. E. accediendo á tal solicitud deberia desecharlas, ó bien ordenar que se deschen ; lo cual importaria tanto como resolver definitivamente un pleito espiritual, sin ser la Exma. Cámara tribunal eclesiástico de apelacion, ni ejercer esta clase de jurisdiccion.

Hay en esto pues, grave equivocacion, proveniente quizá de que se confunde con mucha frecuencia, la *apelacion del abuso* establecida por la Legislacion Francesa, que va hasta permitir, so pretexto de asegurar la justicia, el exámen en los tribunales civiles de las resoluciones eclesiásticas, no solo en cuanto á las formas sino sobre el fondo de las mismas ; lo cual importa una enormidad que jamas se ha introducido en España, con los recursos de fuerza de la Legislacion Española que nosotros hemos heredado.



Existe sin embargo notabilísima diferencia entre el uno y los otros recursos, pues éstos últimos solo acuerdan á los Tribunales superiores civiles respecto de los eclesiásticos, un poder de inspeccion, á fin de que no extralimiten sus atribuciones, y de proteccion en favor de los particulares para velar por la observancia de las formas sustanciales de los juicios, que garanten la defensa de los derechos.

Así es que observadas las formas establecidas, la injusticia en la sentencia del tribunal eclesiástico, jamas daria lugar á los recursos de fuerza de que se trata, ni habria otro medio jurídico de enmendarse, que la apelacion á otro tribunal eclesiástico mayor en jurisdiccion ; no siendo permitido á Jueces civiles juzgar acerca de ella, ni revisar tales sentencias.—Véase al Conde de la Cañada, Recursos de Fuerza, P. 1<sup>a</sup>, cap. IX, N° 16.

Tales son, Exma. Cámara, las observaciones que el Fiscal ofrece á la ilustrada consideracion de V. E. sobre los recursos de fuerza, de que se ha servido comunicarle vista ; las cuales demuestran, en su concepto, con claridad la improcedencia de los expresados recursos, que de consiguiente el tribunal debe desechar ; devolviendo á la Curia Eclesiástica el expediente agregado, á los efectos legales que correspondan.

Buenos Aires, Marzo 26 de 1885.

---

## RECURSO DE FUERZA Y PROTECCION

## SUMARIO:

La Curia Eclesiástica se dirije á la Cámara de lo Civil quejándose de que el Juez del Crímen, á mérito de un recurso de *Habeas corpus*, habia mandado poner en libertad una muger depositada en la Casa de Ejercicios, con motivo de un juicio de divorcio—Expone que, por las leyes vigentes en la Capital, no existia el expresado recurso de *Habeas corpus*, segun lo habia declarado repetidas veces la Cámara de lo Criminal—Que cuando existiera, de ninguna suerte podria aplicarse en el caso indicado, pues ademas de que el depósito de la muger no es propiamente una prision, el derecho de ordenarlo correspondia á la Curia, á quien incumbe conocer en los juicios de divorcio entre personas casadas con autoridad de la iglesia—El Provisor concluye solicitando una resolucion al respecto, que sirva de regla y evite avances contra su jurisdiccion—Aunque el Fiscal comprende la urgencia del caso, y habria desendo expedirse con toda la brevedad que recomiendan las leyes, no ha podido verificarlo por su gravedad y dificultades que ofrece—Es fuera de duda que existian dos clases de recursos de fuerza, los unos contra las resoluciones de la autoridad eclesiástica, si fuesen irregulares; los otros llamados de proteccion, cuando la jurisdiccion eclesiástica era invadida por Jueces legos—La Ley Orgánica, al atribuir á la Cámara de lo Civil el conocimiento de los recursos de fuerza, solo menciona los que tienen lugar contra las resoluciones de la autoridad eclesiástica; por lo que podrian creerse suprimidos los que se acordaban en su defensa—Esta interpretacion es inadmisibla, pues no aparece que la ley se hubiese propuesto introducir novedad en la materia; y si menciona solamente los recursos contra las resoluciones de la autoridad eclesiástica, es solo por ser los mas frecuentes—Mientras la jurisdiccion eclesiástica se encuentre reconocida por las leyes, es indispensable que tenga medios de hacerse respetar, que no pueden ser otros que los indicados recursos de proteccion—La Ley Orgánica ademas, se complementa ella misma, refiriéndose á las de Procedi-





mientos vigentes en la Provincia, que en la materia de que se trata no eran otras que las Españolas y el Código de Indias—No serian procedentes en el caso los recursos de apelacion, ni la competencia ordinaria; el primero, porque importaria reconocer una jurisdiccion que se desconoce; el segundo, porque supone un superior comun que ejerce la misma jurisdiccion, el cual no existe—Los Tribunales Superiores se hallan investidos sin embargo, de un derecho de inspeccion para conservar el órden público, manteniendo á los Tribunales Civiles y Eclesiásticos en la esfera de sus atribuciones—Se demuestra que por las Leyes Españolas y de Indias existia el expresado recurso de proteccion en defensa de la autoridad eclesiástica—Estos recursos, segun Caravantes, se han conservado en la nueva Ley Española de Procedimientos, previniéndose que en los casos á que se refieren, no se sigan las reglas de la competencia comun, sino el trámite establecido para los recursos de fuerza.

*Exma. Cámara:*—En la nota que V. E. se ha servido comunicar en vista al Fiscal, manifiesta el Discreto Provisor : que habiéndose depositado una mujer en el Asilo del Buen Pastor, por órden de la Curia Eclesiástica, y á mérito del juicio de divorcio en que conoca, el Juez del Crimen, por virtud segun parece, de un recurso de *Habeas corpus* deducido á nombre de aquella en su Tribunal, la ha sacado del indicado Asilo, conminando á la Superiora con la fuerza pública.

Agrega: que este proceder que considera violento é irregular, es tanto mas inexplicable, cuanto que el depósito de la espresada mujer se habia verificado á peticion del marido, el cual se quejaba de que se habia fugado con otro individuo ; habiéndose realizado aquel con intervencion de la Policia, de quien este se encuentra espresamente facultado por el art. 187 del Código Civil, para recabar en casos semejantes, las medidas indispensables.

Observa en cuanto al recurso de *Habeas corpus*, que cuando este existiera en las leyes de procedimientos que rigen los Tribunales ordinarios de la Capital ; lo que no sucede, segun lo tiene declarado la Exma. Cámara de Justicia en lo Criminal, por resolucion de 8 de Marzo de 1881, jamás procederia tal recurso contra la enunciada medida, que no es propia-

mente una prision ; siendo ordenada por la autoridad eclesiástica, con las formalidades legales y en un juicio de su competencia, cual es el de divorcio entre personas que profesan el culto católico.

La Curia Eclesiástica, expone el señor Provisor, es una autoridad pública, reconocida como tal, por las leyes vigentes en el país y por todos los Poderes del Estado: ejerce funciones judiciales en los asuntos que le conciernen; y se encuentran en posesion indisputada hasta ahora, de la facultad de ordenar el depósito de la mujer en el espresado juicio de divorcio, siempre que corresponda la adopcion de esta providencia; habiéndole sido reconocido, no hace mucho, ese derecho por la Suprema Corte Provincial por la sentencia que recayó en la causa Arana—Obligado.

El señor Provisor concluye solicitando de V. E. se sirva declarar en ejercicio de sus atribuciones, que en el caso espuesto el Juez del Crimen ha extralimitado las suyas, por corresponder á la Curia la medida de que se trata; sobre lo cual pide resolucion expresa que pueda servirle de norma en lo sucesivo ; suplicando el pronto despacho del asunto, por requerirlo su naturaleza.

Mucho habria deseado el Fiscal acceder por su parte á una indicacion tan razonable ; teniendo tambien presente el encargo de las leyes, que por igual consideracion, previenen así mismo, el que se acuerde preferencia por los Tribunales en el despacho, á esta clase de asuntos, á fin de dejar libre y expedita desde luego, la accion de la autoridad que se reconoce por competente.

Con todo, despues de instruirse del asunto el exponente, que por cierto ha considerado grave, y tratando de expedirse ha tocado dificultades, y ha sentido dudas, que á pesar suyo lo han embarazado, impidiéndole hacerlo con la brevedad que convenia; dudas y dificultades, que cree de su deber manifestar con sinceridad á V. E. juntamente con los datos y reflexiones que le han servido para resolverlas al fin.

Siendo constante, Exmo. Señor, en la antigua práctica de





los Tribunales, el que los recursos llamados *de fuerza* tenían lugar, no solamente contra los actos de la autoridad eclesiástica, que menoscabasen la jurisdiccion civil, invirtiesen las formas sustanciales de los juicios, ó denegasen la apelacion, cuando esta correspondia por Derecho; sino tambien viceversa, en proteccion de dicha autoridad eclesiástica invadida ó atropellada por jueces legos, al presente no faltan motivos de duda sobre este último punto, nacidos de la redaccion de la ley que determina al respecto.

En efecto, el art. 71 de la Ley Orgánica de los Tribunales de la Capital, al declarar por el inc. 2º ser de la competencia de la Exma. Cámara en lo Civil, el conocimiento de los expresados recursos de fuerza, solo menciona, segun puede observarse, los que proceden contra *las resoluciones de las autoridades eclesiásticas*, sin establecer cosa alguna, al menos de un modo esplicito, respecto á los que pudieran deducirse por estas mismas autoridades, en defensa de su jurisdiccion en los casos indicados.

¿ Se han de considerar pues, suprimidos por esta ley, tales recursos, en casos semejantes? ¿ Habrá sido atribuido su conocimiento á otro diverso Tribunal? Ni lo uno ni lo otro seria acertado sostener, ni es admisible en concepto del Fiscal, por muchas y graves razones que asi lo persuaden, y que desde luego, procurando ilustrar el punto, se permite exponer á la consideracion del Tribunal.

A no suprimirse los Juzgados Eclesiásticos, lo que por cierto no se ha propuesto la ley, ni se ha intentado seguramente, pues por el contrario, el Código Civil los reconoce de una manera expresa por únicos competentes, en las cuestiones matrimoniales de nulidad ó divorcio entre católicos, no puede admitirse ni por un momento aquella suposicion.

Conservándose dichos Juzgados, no seria lógico efectivamente, ni procedente de modo alguno, despojarlos no obstante, de los medios ó resortes legales, de que se hallaban munidos, para defender su autoridad, en los casos en que prácticamente y de hecho, pudiera ser desconocida ó invadi-



da por los Tribunales Civiles ; porque de otra suerte, vendría á hacerseles imposible el cumplimiento de su mision, y de ninguna manera responderian á su objeto.

Ahora bien, consistiendo únicamente, esos medios de conservar y defender su jurisdiccion los Jueces de que se trata, en los recursos de proteccion ó queja, que la autoridad eclesiástica era facultada á elevar á las Audiencias y Cancillerias contra los avances de los Jueces legos, á fin de que la hicieran respetar, evitando las violencias de aquellos, con toda propiedad venian á ser, y eran considerados realmente los indicados medios de defensa, como recursos de fuerza.

Su conocimiento correspondia naturalmente á los mismos Tribunales que entendian en los demás; debiendo tambien en la actualidad reputarse subsistentes tales recursos, en razon de que siendo de la misma especie, formaban sin duda alguna, parte esencial é indispensable en el sistema que estableció unos y otros.

Destituida la autoridad eclesiástica de este resorte ó medio legal para amparar la jurisdiccion de que se encuentra investida, entre los recursos conocidos en la jurisprudencia, no quedarian otros que pudieran ser aplicables en los casos indicados, ó de que á dicha autoridad le fuese dable echar mano, que la apelacion en la forma comun ó la competencia ordinaria; pero bien examinado el punto, se hallaria que ninguno de ellos pudiera emplear sin graves inconvenientes, ni sería admisible sin la violacion de todos los principios.

No sería adaptable manifiestamente, el recurso de apelacion en vía ordinaria, por las mismas consideraciones que aduce el Conde de la Cañada, para desecharlo con respecto al Juez Civil, como medio para este, de mantener y defender su propia jurisdiccion contra los avances del Eclesiástico, á saber, que su empleo no solo importaria reconocer la validez de los procedimientos practicados en perjuicio de aquella, sino que rebajaría tambien su carácter, y lo haria descender á representar un rol inferior, llevándolo á litigar como parte





ante los Tribunales á que no se halla sujeto. Observaciones prácticas, tomo 2º, part. 1ª, cap. 6º, núm. 52.

Tampoco procede ciertamente de modo alguno al objeto indicado, la formacion de una competencia comun, ni puede corresponder este recurso, tratándose de la resolucion de un conflicto de atribuciones entre la autoridad eclesiástica y la civil; pues que la decision legal de una competencia entre los Jueces, supone el ocurso á un Superior comun, que en realidad no tienen ambas jurisdicciones, siendo una y otra independientes por su naturaleza y de un órden completamente diverso.

Si los Tribunales Superiores del Estado se encuentran sin embargo, encargados por las leyes que rigen en casi todas las naciones católicas, de dirimir y resolver tales conflictos, esto se ha establecido solamente por la necesidad de proteger para conservarla ilesa, la jurisdiccion de los Jueces Civiles; y en la práctica se les ha encomendado el deslinde entre las atribuciones de estos y las de los Tribunales Eclesiásticos, á fin de mantener á unos y otros en posesion de las que les corresponden sin exceso ni disminucion.

No proceden pues los Tribunales Superiores en los indicados casos de conflicto, por los recursos ordinarios, que segun se ha observado, supondrian en ellos una supremacía, que en realidad no tienen los Jueces seculares por elevados que sean, careciendo absolutamente de toda autoridad eclesiástica; sino que obran entonces extraordinariamente, por un procedimiento que se considera extrajudicial y puramente informativo, al solo objeto de mantener el órden público prestando su proteccion á la autoridad legítima contra cualquier turbacion, y á los derechos individuales contra cualquier opresion ó violencia; y por esto el enuniciado procedimiento extraordinario vino á denominarse *de fuerza*.

Este ha sido, como lo deja establecido, y lo demostrará mas adelante el Fiscal, el único medio reconocido en nuestra jurisprudencia por el cual la autoridad eclesiástica podia defender legalmente su jurisdiccion contra los avances de los Jue-



ces legos ; sin que por consiguiente, en manera alguna deba suponerse suprimido por la ley ese resorte ; desde que manteniéndose por el nuevo Código Civil, el ejercicio con carácter público de aquella autoridad, él no sería posible ciertamente, en una forma regular, sin el indicado medio de impedir toda perturbacion.

Además de las consideraciones expuestas que demuestran á las claras que consistiendo únicamente ese medio de defensa para la autoridad Eclesiástica, en el recurso de proteccion al Tribunal Superior designado por la ley ; desde que aquella se conserve, ese medio por lo mismo debe reputarse subsistente, indica de una manera indudable, que no podria ser la simple competencia en forma ordinaria, el hecho de no haberse determinado por la ley á quien corresponderia su conocimiento ó qué Tribunal debiera resolverla ; lo cual bastaria como se deja ver, para hacerlo impracticable.

Sobre este punto conviene asimismo tener en vista, que considerándose en Derecho, materia odiosa la correccion de las leyes, la interpretacion de las nuevas debe ser restrictiva, y en el sentido de evitar aquella, siempre que sea posible conciliar éstas con las antiguas.

« Una ley anterior, decia un ilustrado abogado del Foro de Córdoba, que ha dictado veinte años Derecho Civil, no se entiende corregida, ni derogada, sino en cuanto lo expresa la posterior, ó cuando ambas son absolutamente contrarias: la ley 32, tit. 72, lib. 7º, del Código se expresaba así : *quid quid autem hac lege especialiter non videtur expresum, id veterum tegun constitutionumque regulis omnes relictum intelligant* ».

No obsta á la doctrina sostenida por el Fiscal, de que deben considerarse subsistentes entre los recursos de fuerza, los llamados de proteccion, á favor de los tribunales eclesiásticos, el que segun se ha hecho notar, el inc. 2º del art. 71 de la ley de 15 de Diciembre de 1881, al atribuir á la Exma. Cámara en lo Civil, el conocimiento de los expre-



sados recursos de fuerza, solo menciona los que tienen lugar contra las resoluciones de la autoridad eclesiástica ; y no los que ésta pudiera deducir en su defensa.

Esto consiste sin duda, en que siendo aquellos los mas frecuentes, en el lenguaje jurídico han llegado á obtener de preferencia y de un modo casi exclusivo, la denominacion de *recursos de fuerza* : no en que la ley haya querido suprimir los que se daban en proteccion de las mismas autoridades eclesiásticas ; pues el objeto de dicha ley, no fué reglar de nuevo la materia, sino únicamente determinar á quien corresponderia su conocimiento, al reorganizar los tribunales, y fijar á cada uno sus atribuciones.

Por otra parte, la disposicion del precitado inc. 2º art. 71 de la Ley Orgánica de los tribunales, como las demás prescripciones de la misma, que hacen referencia á las formas y trámites de los juicios, encuentran su complemento en el art. 312, en el cual se declara : que los tribunales de la Capital continuarán rigiéndose por las leyes de procedimientos vigentes en la Provincia de Buenos Aires, en la época en que la referida ley fué dictada, hasta tanto que el Honorable Congreso haya sancionado las que deban subrogarlas.

Las leyes vigentes en la Provincia de Buenos Aires, por la época indicada, y ahora mismo, en lo que concierne á los recursos de fuerza, de que nos ocupamos, no eran otras ciertamente, que las contenidas en los Códigos españoles, á saber principalmente, la Recopilacion Castellana y la de Indias, en que se trata extensamente, y se encuentra reglamentada por completo esta materia.

Ahora, el que estas leyes concediesen los recursos de fuerza, no solo á los particulares y á los Jueces legos, contra los actos que pudieran causarla de la autoridad eclesiástica ; mas tambien en proteccion de la misma, contra los avances de aquellos en daño de su jurisdiccion, como igualmente para suprimir y allanar cualquier obstáculo que viniera á entorpecer su ejercicio, es facil demostrarlo con



la doctrina de los autores mas respetables y las disposiciones legales en que se fundan.

En el propósito de esclarecer el punto, ciertamente importante y relacionado del modo mas directo, á la materia que examinamos, el Fiscal se permite con la venia de V. E. consignar aquí la opinion de algunos prácticos, de los que gozan de mayor autoridad en el Foro.

« Del mismo modo, dice Tapia, que compete al Juez secular el recurso de fuerza, cuando intenta usurparle su jurisdiccion el eclesiástico, corresponde á éste igual recurso, cuando el Juez secular intenta mezclarse en su atribuciones. Así lo insinúan tambien nuestras leyes, que prescriben abiertamente este recurso en iguales casos ». Febrero Reformado, tom. IX, páj. 209, N° 8°.

« Los Jueces y tribunales eclesiásticos, dice Escriche, no pueden proceder por sí, ni lanzar censuras eclesiásticas contra los Jueces seculares ú otras personas que les perturben, impidan ó usurpen la jurisdiccion ; pero pueden acudir á los tribunales que ejercen la Real jurisdiccion ordinaria ó á S. M. por la via reservada segun los casos, para que provea de remedio. » — Dic. de Leg. y Jurisp., v. *Jurisdiccion Eclesiástica*, N° VII.

Por último, Caravantes se expresa así al respecto : « No son menos frecuentes y ofensivas las opresiones y violencias que hacen los Jueces Reales ó Seculares en el ejercicio de su jurisdiccion, que las de los Jueces eclesiásticos, dice el señor Conde de la Cañada en su Tratado de los Recursos de Fuerza, y es consiguiente señalar el remedio mas oportuno para alzar y quitar las de dichos Jueces Reales, cuando tratan de usurpar la jurisdiccion eclesiástica. »

« La generalidad de los autores discurre sobre cual debiera ser este remedio ó procedimiento, sin reparar que se halla claramente indicado en nuestras antiguas leyes, y no es otro que el mismo de los recursos de fuerza. » — Tratado de los Procedimientos Judiciales, tom. III, páj. 624, N°s 1745 y 46.

Estos autores citan varias disposiciones, á las cuales pue-



den agregarse algunas otras, en confirmacion de su doctrina, especialmente las leyes 6ª, tit. 5º, lib. 1º.—1, 2 y 9, tit. 17.—24, tit. 2º, lib. 2º, Nov. Rec.—11, tit. 10, lib. 1º Rec. Ind. y la Real Cédula de Noviembre de 1771, en que se previene por el Rey, que si algun Juez en sus relaciones con la autoridad eclesiástica, diese justo motivo de queja, « lo represente en derecho al Concejo, ó por medio de los Fiscales, para que se provea de remedio conveniente. »

Agrega el señor Caravantes : « que la nueva ley de Enjuiciamiento se halla conforme sobre este procedimiento, con nuestras disposiciones antiguas ; segun se deduce de prescribirse en el art. 119, que las cuestiones de competencia que se entablen entre los Jueces seculares y eclesiásticos, no se arreglen á lo dispuesto en el titulo sobre las competencias, sino á las formas establecidas para los recursos de fuerza *en conocer* ; siendo general la disposicion de este artículo y en consecuencia aplicable al caso de que se trate, tanto de usurpaciones de los Jueces eclesiásticos *como de los seculares.* »—Tom. III cit., Nº 1747.

Resulta de lo expuesto, Exmo. Señor, que por nuestras antiguas leyes, que eran las que regian en la Provincia de Buenos Aires en 15 de Diciembre de 1881, en que se sancionó la que organizó los tribunales de la Capital, conservando á aquellas en vigor, mientras no se sancionen otras nuevas, los recursos de fuerza correspondian, tanto en las resoluciones de la autoridad eclesiástica, que invadiesen la Jurisdiccion Civil, como de las de los Jueces seculares que usurpasen la eclesiástica.

Resulta tambien, que dicha Ley Orgánica que atribuye á V. E. el conocimiento de los recursos de fuerza, al mencionar solamente los primeros, no por eso se ha propuesto, ni ha querido suprimir los últimos, ó conferir su conocimiento á otra autoridad, desde que nada establece al respecto, como habria sido indispensable en caso contrario ; y desde que, ella misma se complementa, refiriéndose en general, á las leyes vigentes de procedimientos.

Ahora bien, la exposicion del Discreto Provisor, de que se ha hecho referencia, y que se ha comunicado en vista al Fiscal, conteniendo una queja contra el Juez del Crimen, de quien supone haber desconocido sus atribuciones en el caso que expresa : y pidiendo tambien se declare corresponderle legalmente, la facultad de ordenar el depósito de la muger, en el juicio de divorcio de que se trata, no importa en sustancia otra cosa, que un recurso de proteccion comprendido entre los de fuerza, segun se ha manifestado.

En consecuencia el exponente opina que este recurso procede legalmente en el caso indicado ; y que incumbiendo tambien á V. E. conocer en él, debe mandar expedir desde luego el despacho ordinario, para que el expresado Juez del Crimen ó el Secretario, ante quien hayan pasado los autos de que se hace mérito, los remita originales *ad efectum videndi*, con emplazamiento de quienes corresponda.

Buenos Aires, Abril 15 de 1884.

---



## SOBRE LOS INTERESES DE UN CAPITAL CAPELLANICO

## SUMARIO :

Relacion del caso: habiendo fallecido D. Patricio Hamilton en 12 de Mayo de 1872, dejando ordenada en su testamento la fundacion de una Capellanía con capital de treinta mil pesos moneda corriente, sus herederos recien en 27 de Octubre de 1880, han puesto esta cantidad á disposicion del Prelado Eclesiástico, el cual reclama los intereses desde la muerte del testador—La sentencia de primera instancia desechó la demanda, declarando que á pesar del mucho tiempo transcurrido, no habia existido mora en sentido legal, por no haber mediado interpelacion; lo cual es en parte equivocado—Aunque el legado no era condicional, ni á plazo, no siendo de cosa cierta, sino de cantidad, no era exigible, ni podia producir intereses, sino despues del arreglo y liquidacion de la testamentaria—Constando sin embargo, que en 6 de Noviembre de 1875, la testamentaria se encontraba liquidada ya, y que existia dinero depositado en el Banco, en cantidad suficiente para la indicada fundacion; sin haberse verificado esta no obstante por culpa exclusivamente, de los representantes de aquella; no hay razon alguna, para que desde entonces no se abonen intereses—Exámen de los considerandos de la sentencia que resuelve lo contrario—Es inexacto que haya habido culpa alguna de parte del Prelado en dejar de gestionar la fundacion de que se trata; pues que no se le habia dado conocimiento de ella—Tambien es inexacto que el caso presente no esté comprendido entre las excepciones al principio general de que no hay mora sin requerimiento—Una de dichas excepciones se refiere al caso en que el mismo deudor ha hecho imposible el requerimiento ó la interpelacion—Tal sucede en el caso *sub judice* en que el albacea, debiendo poner en conocimiento del Prelado la disposicion testamentaria, en que se ordenaba una funda-

(1) Esta Vista correspondia á la primera Seccion: por haberse extraviado la colocamos en este lugar.



ción religiosa, dejó de hacerlo culpablemente—Reconociendo el Juez *á quo* la culpa y negligencia del albacea, declara que no pueden perjudicar á los herederos—Esta doctrina es falsa; porque siendo el albacea el representante legítimo de la testamentaria, su omisión no puede dejar de responsabilizarlos, salvo el regreso de los herederos contra él, por el daño que les hubiese causado—Resolución que corresponde en justicia, según las circunstancias del caso y con arreglo á los principios expuestos.



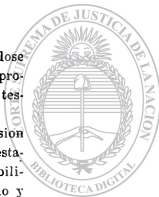
*Exma. Cámara:* — El Fiscal se ha instruido por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, de la cuestion que versa entre la Curia Eclesiástica y los herederos del finado D. Patricio Hamilton, sobre intereses correspondientes al capital de 30,000 pesos moneda corriente, que este en la cláusula 6ª de su testamento otorgado en esta ciudad á 12 de Noviembre de 1868, destinaba á fin de que fueran invertidos en sufragios de las personas que expresa.

A pesar de que Hamilton falleció en 12 de Mayo de 1872, recien el 27 de Octubre de 1880, sus herederos han verificado en el Banco, el depósito de la referida cantidad á la órden de la autoridad Eclesiástica, que tambien recien desde esa fecha ha empezado á percibir los intereses con que debian costearse los indicados sufragios; razon por la que cree serle debidos, y demanda los intereses devengados desde la muerte del testador, hasta la fecha indicada en que se verificó el referido depósito.

Aunque el Fiscal no considera procedente en el todo esta demanda, examinando las circunstancias del caso y las disposiciones legales que en su conjunto le son aplicables, encuentra equivocada en parte la resolución apelada, que perjudica efectivamente á la Curia, y que por tanto debe reformarse en el sentido de lo que expondrá.

No tratándose de un legado de cosa cierta, cuya propiedad pasa el legatario en el momento mismo del fallecimiento del testador; y que de consiguiente, empieza desde entonces á producir frutos en beneficio de aquel, en cuyo favor mejora ó se aumenta, perdiéndose así mismo para él, si la cosa ú





objeto legado perece sin culpa del heredero, no tratándose decia, de un legado tal, sino de cantidad, esta no debe producir intereses á favor del legatario desde la muerte del testador.

Al legatario no le es permitido tomar por sí mismo posesion del legado, y necesita solicitarla del representante de la testamentaria, quien á su vez no puede tampoco sin responsabilidad verificar esa entrega, sin que precedan el inventario y arreglo de la testamentaria, por el cual conste que alcanza á cubrirse el legado de que se trata, sin perjudicarse derechos legitimos.

En el caso presente, esto es mas evidente, desde que la cantidad de dinero con que debia fundarse la Capellanía que se ordenaba establecer por la cláusula 6ª del testamento de Hamilton, debia precisamente deducirse del quinto, lo cual no podia verificarse, sin procederse antes á las particiones y liquidacion de la testamentaria, al objeto de determinar aquel.

Si bien el legado en cuestion, por no encontrarse sujeto á plazo, ni condicion, debe considerarse puro y simple, por las razones expuestas, no podia exigirse desde el dia mismo del fallecimiento del testador; antes bien su ejecucion debia diferirse hasta la liquidacion de la testamentaria, y hasta la realizacion de los bienes necesarios, para cubrir la cantidad legada, desde que, como segun parece sucedia, no habia dinero suficiente para satisfacerla.

Reconociendo no obstante, los herederos, en su escrito de f. 352 vta., que en 6 de Noviembre de 1875, existia en el Banco dinero depositado suficiente para cubrir el legado, y encontrándose á esta fecha liquidada la testamentaria, es claro que ya entonces pudo y debió satisfacerse la cantidad que importaba; lo cual sin embargo, no se hizo sino mucho mas tarde por culpa exclusivamente de los representantes de aquella, y sin que de consiguiente se perciba razon alguna por la cual la Curia Eclesiástica deba perder los intereses del tiempo transcurrido entre las fechas indicadas.



Es un principio de Derecho que el descuido ó la culpa de una persona no debe perjudicar á otra: y es todavía mas evidente que nadie debe reportar beneficio por hecho propio en daño ajeno: así es que si bien no le asistía acción á la Curia Eclesiástica para solicitar los intereses desde el día del fallecimiento del testador, la tenía incuestionablemente para «xigirlos desde la época en que liquidada ya la testamentaria y existiendo dinero, se reconoce que pudo y debió verificarse la entrega; pues que resulta que si esta no se hizo, fué exclusivamente por culpa de los representantes de aquella, no pudiendo imputarse con razón, negligencia, ni falta de actividad á la Curia para gestionar su derecho.

Un ligero exámen de los considerandos en que se funda la sentencia apelada de f. 367 á 69, acabará de convencernos de esto, demostrando los puntos en que á cada una de las partes asistía justicia, y aquellos en que no la tenía.

El Juez *á quo* dice bien, cuando en el primer considerando de su sentencia, establece: que atendidos los términos de la cláusula en que se prescribía la fundacion piadosa de que se trata, sin determinacion precisa de la fecha, ó la época en que habia de cumplirse, debe entenderse que esto seria desde que la suma destinada al efecto estuviese en aptitud de producir renta.

Perfectamente: pero ¿cuál ha sido esa época, en el caso *sub judice*? segun se ha observado, los herederos reconocen que en 6 de Noviembre de 1875, existia ya depositado el dinero: y este se encontraba de consigniente, en aptitud de producir renta, aunque realmente no la haya producido por descuido y negligencia de aquellos, que segun el Juez *á quo*, es entonces que debieron verificar la fundacion ordenada.

A pesar de esto, y contradiciéndose manifiestamente, en el segundo considerando, declara el Juez no ser imputable la demora á los herederos; para lo cual alega que á su vez el Prelado Eclesiástico, debió gestionar el que se llevase á cabo la espresada fundacion.

El Juez al producirse así, olvida sin duda la circunstancia



de que al Prelado Eclesiástico no se le habia dado conocimiento de la disposicion testamentaria que nos ocupa, y que de consiguiente mal podia gestionar la entrega de un legado, cuya existencia ignoraba ; no procediendo por lo mismo, sino con sobrada injusticia, formularse cargo alguno por descuido ó negligencia.

Recien en 22 de Abril de 1880, parece habersele remitido los autos y dádosele aviso de la fundacion que debia verificarse : habiendo solicitado inmediatamente el depósito del capital con sus intereses. ¿ En qué consistiria, pues la culpa del Prelado ? ¿ Sobre quiénes podria pesar esa culpa, sino sobre los representantes de la testamentaria ?

En el tercer considerando de la sentencia apelada establece el Juez *á quo* que salvo los casos exceptuados por la ley, no hay mora en el cumplimiento de las obligaciones, sin que preceda requerimiento ó interpelacion por parte del acreedor, y que el caso actual no se encuentra comprendido en ninguna de las excepciones del art. 15, tit. 1º, sec. 1ª, lib. 2º C. C.

No lo está efectivamente, en términos expresos, pero lo está de un modo implícito segun los principios de Jurisprudencia que rijen en la materia ; y segun la doctrina expuesta por el autor del Código, Dr. Velez, explicando precisamente la disposicion legal invocada por el Juez *á quo*.

« El deudor, segun la nota ilustrativa de aquel, se encuentra tambien constituido en mora, *sin necesidad de interpelacion*, cuando esta se hace imposible por una causa que proviene de su persona. » Tal ha sucedido realmente en el caso *sub judice* ; la interpelacion por parte del Prelado Eclesiástico, ha sido imposible por no haber tenido conocimiento de la cláusula testamentaria que ordenaba la fundacion ; y el no haber tenido ese conocimiento que hacia imposible la interpelacion, provino de no habérselo dado, como era de su deber, el representante de la testamentaria.

Así lo reconoce positivamente el Juez *á quo* en el cuarto considerando de su sentencia, en el cual dice: que si hubo negligencia en la realizacion de la fundacion ordenada,



provino del albacea especialmente encargado del cumplimiento de los legados : y expresamente obligado (debió agregar) á poner en conocimiento de la autoridad Eclesiástica, la disposicion en que se ordenaba una fundacion religiosa.

Si pues, como se reconoce hubo culpa ó negligencia por parte del albacea, representante legítimo de la testamentaria, no solo en el retardo de la fundacion, sino en no dar conocimiento al Prelado Eclesiástico, de la disposicion en que se prescribia, esa culpa ó negligencia debe pesar sobre la testamentaria ; y puesto que aquella omision hizo imposible la interpelacion de parte de la Curia, segun la doctrina expuesta, la testamentaria debe considerarse constituida en mora, sin necesidad de interpelacion.

El Juez *á quo* introduce, sin embargo, una distincion equivocada é inaceptable por lo que concierne á sus efectos, respecto á la mora, entre el albacea y los herederos, suponiendo que la culpa de este, que es el encargado especialmente de cumplir los legados, en no ejecutar antes la fundacion de que se trata, ó en no darle aviso al Prelado de la cláusula que la prescribia, no debe perjudicar á los herederos.

Semejante concepto, es manifiestamente erróneo, pues que siendo el albacea representante legítimo de la sucesion cuyos negocios administra, su culpa ó negligencia, lo mismo que la mora en el cumplimiento de las obligaciones, no puede dejar de responsabilizar á la testamentaria ; y de consiguiente perjudica tambien á los herederos, salvo el regreso de éstos contra el albacea para la indemnizacion del daño que por sus actos ó descuido les hubiese inferido.

Las consideraciones que preceden, demuestran que si bien la pretension deducida por la Curia Eclesiástica reclamando los intereses del capital Capellánico, desde el dia del fallecimiento del testador, es exagerada, no es tampoco arreglada á Derecho, sino agravante, la resolucion apelada, en cuanto desecha de todo punto la demanda de intereses, y que de consiguiente, debe reformarse en el sentido de lo expuesto.

Buenos Aires, Marzo 9 de 1883.

## VISTA XXVII

### PETICION DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS

*Exma. Cámara:* — El Colegio de Escribanos por medio de su Presidente manifiesta á V. E. las dificultades que se les 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 para verificar la legalidad de los títulos que les incumbe examinar en el otorgamiento de cualquier escritura de enagenacion 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 exámen de los documentos de todo género existentes en el archivo, como entienden que debiera ser, pues los somete á ciertas restricciones y reservas, que aun 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 tambien respecto de las horas en que tengan entrada al archivo, la cual debe serles permitida aun en las que no se concede á los particu-





lares, pues así lo requiere el mejor servicio público 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 expedido diciéndole que muy bien 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 restriccion alguna ; pero respecto de los libros de protocolos, previniendo los arts. 192 y 193 de la ley orgánica de los tribunales que debe conservarse reservado el contenido de ciertas escrituras, el cual solo se ha de manifestar 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 exhibicion 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 seria 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 permitirse.

Debe, sin embargo, en concepto del Fiscal, hacerse excepcion á este respecto, con cada escribano en lo que concierne á los protocolos que han pertenecido á su oficina, permitiéndosele consultarlos con entera franqueza, sin exigírsele 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 aquel al secreto, el cual no se viola porque él lo conozca, como no se quebrantaria 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 mas frecuente la precision 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 transcripcion de los documentos habilitantes; formalidad que puede obviarse, cuando estos existen en el protocolo del mismo escribano autorizante, pues entonces se le permite referirse simplemente á lo que en ellos consta, indicando la foja en que deban encontrarse, art. 1603.

Esta práctica sumamente expeditiva y ventajosa al público, no ha de alterarse de modo alguno, aunque ella supone ciertamente la facultad en los escribanos, de consultar y revisar con entera franqueza 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 de esa oficina que aun continúan, con el número de empleados de que actualmente dispone, no podian ser otras que aquellas mismas en que se permite al público, se consideró que no debia por lo pronto introducirse novedad en ésto.

Tal es la opinion del Fiscal sobre la solicitud de que se le ha comunicado vista y de lo que acerca de su contenido convenga acordarse, con estricta sujecion á las disposiciones vigentes, para facilitar á los escribanos de registro el desempeño de sus funciones. V. E. sin embargo, podrá quiza arbitrar otras medidas mas acertadas en el mismo sentido.

Buenos Aires, Agosto 27 de 1886.

---

# APENDICE

---

## Un escrito sobre derechos de agua

---

### RELACION DE LOS HECHOS

Don Pedro Zelis, dueño de la estancia de la Candelaria, situada sobre el Rio Segundo, poco mas abajo de donde desagua en éste el Arroyo de los Molinos, proponiéndose regar dicha estancia y no pudiendo tomar el agua del rio, construyó un acueducto para alzarla del indicado arroyo, atravesando una pequeña propiedad de D. Luis Echenique, situada á la márgen de aquel, de cuya agua se servia.

Como Zelis alzase demasiada agua del arroyo, menoscabando el uso que hasta entonces Echenique habia hecho de ella, éste se quejó de la perturbacion ; y en efecto el primero fué condenado á tomar las medidas necesarias para que el segundo pudiera continuar en el goce del agua que habia tenido: y ademas, habiéndose cegado el acueducto que atravesaba la propiedad de Echenique, sin habersele indemnizado, impidió limpiarlo, y el uso del agua por parte de Zelis, vino á cesar enteramente.

Entonces Zelis se presentó á su vez quejándose de despojo contra Echenique, por haberle privado de la manera indicada, aprovechar en cualquier cantidad el agua del arroyo, pero







no habiendo justificado, que respetando la posesion de aquel, como se le habia ordenado, quedase todavia algun sobrante de que él pudiera servirse sin menoscabo de aquella, no se hizo lugar á su demanda.

Años despues, D. Julian Amenabar compró á Zelis la referida estancia de la Candelaria, y aunque le correspondian ciertos derechos al agua del arroyo, á cuya márgen poseia algun terreno proponiéndose regar dicha estancia, solicitó y obtuvo del Gobierno una concesion para el riego de cuatrocientas cuabras ; pero Echenique que la habia ya obtenido antes, para regar cien cuabras; despues de la concesion hecha á Amenabar, recabó otra igual á la primera.

Ahora bien, siendo escasa el agua del arroyo, no podian llenarse todas estas concesiones ; y de aqui surgió pleito entre Amenabar y Echenique ; pues cuando aquel pidió judicialmente la constitucion de la servidumbre de acueducto, para revivir el que su causante Zelis habia construido, atravesando terrenos de Echenique, éste se opuso por varias razones.

Estas consistian principalmente en que siendo Amenabar sucesor de Zelis, respecto á la estancia la Candelaria, era obligado como él, á respetar su posesion en el uso del agua del arroyo ; en que la concesion de riego para cuatrocientas cuabras que aquel habia obtenido del Gobierno, era nula, como excesiva por no existir agua sobrante en suficiente cantidad; y por fin en que sus derechos en calidad de ribereño del arroyo, eran preferentes sobre los de Amenabar, que aunque ribereño tambien, se proponia regar un terreno que no lo era : tales son los tópicos que se debatieron en el pleito, y sobre los cuales versa el escrito que vá á continuacion.

#### SUMARIO :

Condiciones que debe justificar el que solicite la constitucion de la servidumbre de acueducto—Derecho al uso del agua de que intenta servirse; la traza mas conveniente del canal—Aplicacion al caso en cues-



tion—La oposicion del demandado se fundaba en la nulidad del título ó concesion de riego acordada al demandante por suponer que perjudicaba su propiedad; se oponia á la cosa juzgada, y le desconocia el privilegio que como ribereño creia corresponderle en el uso del agua del arroyo—Si en la suposicion de que efectivamente exista este privilegio, los ribereños pueden aplicar el agua que les corresponda al riego de un terreno no ribereño?—El aprovechamiento de las aguas de las crecientes por sí solo, bastaria á fundar legalmente la constitucion de la servidumbre de acueducto—Echenique por el hecho de solicitar del Gobierno permiso para regar cien cuerdas, despues de la concesion hecha por éste á Amenabar, reconoció que existia un sobrante de agua suficiente cuando menos, para el riego de aquella extension de terreno—El título emanado de autoridad competente y revestido de las formas legales se presume válido, y aun cuando lleve la cláusula de *sin perjuicio*, el que pretenda impugnarlo debe justificar que realmente perjudica sus derechos—En los juicios anteriores entre Zelis y Echenique jamas se le habia reconocido á éste posesion en toda el agua del Arroyo de los Molinos, sobrante de la que alzaban las demas tomas existentes—El privilegio del ribereño no subsiste como se demostrará mas adelante, y cuando subsistiese no se le podria oponer á Amenabar que tambien es ribereño—No era absoluto, pues solo se concedia en igualdad de circunstancias; mientras que el título de aquel era anterior al de Echenique—Tampoco era relativo exclusiva é inseparablemente, á los predios ribereños, pues podia cederse y perderse por prescripcion—Echenique nunca habia exhibido el título de su posesion, y aunque esta le habia sido reconocida interinamente, debia cesar desde que se le opusiese una concesion legal—Por resultar excesivo un título no se anula enteramente, pues lo útil no se vicia por lo inútil, sino que se reduce simplemente, hasta salvar todo perjuicio á tercero—El que usa del agua de un rio ó de un arroyo, ningun perjuicio causa al derecho de los demas que tambien se sirven de ella, por el hecho solo de subir su toma—La distribucion equitativa de las aguas deberia hacerse en proporcion á la extension de terrenos, que los propietarios pudiesen regar—Exámen de las sentencias pronunciadas en los pleitos entre Echenique y Zelis, para demostrar que nunca se le reconoció á aquel, derecho á toda el agua sobrante de la que alzaban las demas tomas—Reglas establecidas y condiciones que se requieren, para que proceda legalmente en un caso dado, la excepcion de cosa juzgada; demostrándose que no existen en el que se encuentra *sub judice*—Si habria justicia ó conveniencia en atribuir á los ribereños de los arroyos privilegio exclusivo para el aprovechamiento de sus aguas?—Al declarar el Código la servidumbre de acueducto en favor de cualquier heredad que la necesite, para conducir el agua, supone el derecho de aprovecharla aun en los no ribereños—No resultando conforme á las prescripciones del Código Civil el privilegio acordado á los ribereños por una ley Provincial, ha quedado derogado, como ha sucedido tambien con el que disfrutaba el Banco—Las Provincias no pueden legislar alterando las disposiciones de los Códigos Nacionales; y las leyes sancionadas antes de su vigencia, que resulten en oposicion, han quedado derogadas—Aun en los casos en



que se encuentren especialmente autorizadas para reglamentar las materias en ellos contenidas, deben hacerlo en entera conformidad á sus disposiciones—Si existiese el privilegio de los ribereños, no seria inalienable é imprescriptible, como se pretende demostrar, observándose que es un derecho de mera facultad—Estudio comparativo entre lo dispuesto por la ley Provincial, la Jurisprudencia Francesa y el Código Argentino en relacion al derecho de los ribereños para aprovechar las corrientes de agua—El Derecho Francés distinguiendo los rios navegables ó flotables de los que no lo son, y reservando los primeros al dominio público, concede exclusivamente á los ribereños el goce de los demas—A pesar de esto la Jurisprudencia Francesa, no favorece la pretension de Echenique, pues permite á los ribereños aplicar sus derechos al riego á cualquier terreno de su propiedad, aunque no sea de costa—Para aprovechar las aguas, los ribereños no necesitan especial permiso de la autoridad; y pueden ceder ó enagenar su derecho, el cual no es inseparable de los terrenos de costa—Por nuestro Código toda agua corriente por cauce natural es del dominio público; el derecho de aprovecharla corresponde indistintamente á todos los propietarios; pero nadie puede alzarla sin permiso de la autoridad—Se pretende hallar rastros del privilegio de los ribereños en el título del Código sobre *restricciones y límites del dominio*; mas éste es un error fácil de demostrarse—Exámen en particular de las disposiciones contenidas en el título expresado, en las cuales se pretende encontrarse indicaciones del privilegio de los ribereños—Es inexacto el que siempre se hayan considerado como propiedad de los ribereños los arroyos ó rios no navegables, pues que sus aguas se han reputado públicas—No lo es menos el que las disposiciones de nuestro Código en la materia deriven de las costumbres de Normandia; pues podrian deducirse mas bien de las de Cataluña ó Lombardia—De ellas en efecto, tomó el Dr. Goyena las disposiciones de su proyecto, que declara del dominio público las aguas corrientes; y el Dr. Velez al adoptar este principio, lo amplió todavia mas: porque suprimiendo las excepciones que aquel admitia, lo hizo absoluto—Es un grave error pretender explicar la Jurisprudencia de nuestro Código en la materia, por los principios de la Legislacion Francesa, cuando el mismo autor de aquel declara que son muy diversos de los que él ha adoptado.

*Señor Juez de 1ª Instancia:* — Julian Amenabar, en los autos que sigo con D. Luis Echenique sobre la constitucion de servidumbre de acueducto, en uso de la facultad que la ley me concede para exponer en vista de la prueba producida, digo: que conforme al mérito de ellos V. S. procediendo en justicia, debe declarar definitivamente á mi favor el enunciado derecho, y ordenar en consecuencia se lleve á de-

bido efecto el proveido de fecha 14 de Setiembre del año pasado, al objeto de determinarse las indemnizaciones correspondientes.

I

§ 1º Confieso, señor Juez, que no ha dejado de embarzarme la providencia de V. S. en que se sirvió recibir este asunto á prueba ; no pudiendo calcular positivamente á qué hechos se referia, si entre ellos existia alguno, cuya prueba me incumbiese á mi, y acerca del cual aun no existiesen en autos, datos suficientes para suponerlo debidamente constatado.

Tengo bien presente lo dispuesto en el art. 17 de la ley Provincial de 28 de Agosto del 69 declarando: que el que solicite la servidumbre de acueducto ha de justificar ciertos hechos allí determinados; pero en juicio los hechos solo se justifican en cuanto es necesario, mientras que en el caso actual, el uno de aquellos jamás habia sido negado, ni discutido : el otro en cuanto convenia y era pertinente, se hallaba ya completamente dilucidado; y no requeria por lo mismo mas esclarecimiento.

Me refiero, á la circunstancia de que el agua de que se puede disponer, sea suficiente al objeto á que se le destina ; siendo mi proyecto regar la extension de campo, á que alcance, hasta 400 cuadras ; cualquiera que fuese la cantidad de agua disponible, responderá en todo caso á mis propósitos ; y realizará siempre mi objeto en mayor ó menor escala, con grande utilidad para mí mismo y para la Provincia.

Respecto á la mencionada prescripcion legal, conviene observar que no se encuentra en las mismas condiciones la labranza que otras industrias, la de un molino por ejemplo, ó una fábrica ; pues en estas, si la cantidad de agua disponible ó que pudiese emplearse, no alcanzase al objeto propuesto de nada aprovecharia; antes resultaria ente-





ramente perdida ; sucediendo lo contrario en la agricultura, porque aunque no se consiguiese labrar toda la extension que se proyectaba, siempre aprovecharia, y se habria sacado de ella todo el partido posible.

Ahora el que yo pueda disponer legítimamente de una porcion considerable de agua en el Arroyo de los Molinos, está demostrado, en autos hasta la evidencia ; y es cosa que no admite duda de ningun género, bastándome para probarlo recordar á V. S. ciertos hechos confesados de contrario ó por lo menos perfectamente constatados, tales son:

1° Que con entera independencia de la concesion cuestionada, por confesion del contrario me pertenece la acequia del Molino.

2° Que como lo demuestra el croquis levantado por los peritos, en la misma finca y próxima á la mencionada acequia, que en él se determina por « *acequia del Molino de Amenabar* » poseo sin contradiccion alguna, otra que se designa por « *antigua acequia de los Molinos* ».

3° Que por confesion de Echenique yo soi dueño tambien de la mitad de la acequia de las Cisternas, y segun la escritura publica presentada, lo soy de toda con escepcion solamente de seis dias de riego en el año, que aun no he adquirido.

4° Que así mismo por confesion del demandado nada me impide aprovechar el agua de las crecientes, que en el verano se suceden con frecuencia ; habiendo declarado aquel que ni esto le perjudica ni él se opondría tampoco.

5° En fin, que por el hecho de solicitar aquel del Gobierno una concesion de riego para cien cuadras con el agua del Arroyo de los Molinos, con posterioridad á la que á mí me habia sido acordada, y de haber obtenido el mismo otra concesion igual anterior á aquella, ha reconocido del modo mas claro, concluyente é intergiversable, que despues de su primera solicitud aun quedaba agua disponible, por lo menos para regar cien cuadras.



§ 2. Esto por lo que concierne al primer punto referente á la servidumbre, el agua de que pueda disponer el que la solicite, para el objeto que se propone ; en cuanto á la traza mas conveniente del acueducto, aunque acerca de ella jamas habia existido cuestion, y bien podia considerarse que no ofrecia dificultad, no he trepido en producir la prueba exigida últimamente por el contrario por mas extemporánea y caprichosa que fuese esa exigencia.

Se trata, Señor Juez, de una acequia ya construida; y como V. S. comprenderá no lo fué á viva fuerza, sino porque lo consintió el poseedor, aun cuando Zelis descuidase adquirir la servidumbre ; pero siendo bien seguro que jamas aquel habria consentido el trabajo, si hubiese considerado que la traza de la acequia era mal elejida, porque le perjudicase, pudiendo adoptarse otra menos gravosa y del mismo resultado al objeto con que se construía.

En época posterior, en los varios pleitos de Echenique con Zelis, aunque aquel tuvo buen cuidado de alegar la irregularidad del proceder de éste en no solicitar permiso á la autoridad para abrir toma, ni haberle hecho á él las indemnizaciones correspondientes por el terreno ageno que ocupaba, jamas observó, que la acequia fuera mal situada ó que debiera llevarse por otro trayecto menos gravoso.

Habiéndose opuesto ante el Ejecutivo á mi solicitud para regar, en guarda segun decia, de sus derechos, y no obstante que el permiso que se pedia, era precisamente para regar por la misma acequia construida antes por Zelis, tampoco manifestó de modo alguno el que la traza ó direccion de esta le perjudicase.

En fin, habiéndoseme acordado la concesion que yo pedia y presentádome ante V. S. para que se graduasen en la forma que conviniese, las indemnizaciones que correspondian á mi contendor, á fin de hacer efectiva dicha concesion, éste en su contestacion á la demanda, nada observó en el particular ni desconoció en manera alguna, el que la traza propuesta para la acequia fuese la mas adecuada



como debia hacerlo, sino la consideraba en las condiciones legales.

Sin haberlo negado en la contestacion á la demanda y habiéndolo reconocido tácitamente, ha sido recién en el escrito de dúplica, que ha exigido el que se comprobase hallarse la enunciada traza en las condiciones de la ley ; lo cual importaba negar tardíamente un hecho confesado, y asegurar tambien al menos de un modo implicito, que hubiese otra traza mas conveniente; lo que á su vez le correspondia probar.

Importaba así mismo deducir inoportunamente y cuando no era ya admisible, una excepcion mas, fundada, no en hechos nuevos ó recién conocidos, sino en los que habiendo existido desde el principio, debian serle conocidos de antemano.

Como quiera que esto sea, Señor Juez, esa prueba tan extemporáneamente requerida de contrario, se ha producido, y su resultado segun el informe pericial, ha sido completamente satisfactorio.

Consta en efecto, de la diligencia é informe pericial de los señores Olmedo y Echenique, espedido durante el término probatorio, que la traza porque se ha abierto la acequia de que se trata, siendo indudablemente la mas conveniente en relacion al objeto que se tiene en vista, no causa al demandado perjuicio alguno de consideracion, sino por el contrario sumamente leve é insignificante.

La acequia puede revivirse segun la traza propuesta, sin comprometer uno solo de los pocos árboles de membrillo viejissimos que se conservan, donde parece que antiguamente hubo una huerta; de suerte que todo el perjuicio para el contrario consistirá en dividir de lo demas, una pequeña parte de terreno, sin importancia alguna, circunstancia prevista y salvada en el inc. 3º del art. 17 de la ley Provincial del 69, y que de consiguiente nunca seria un obstáculo legal.

Este terreno, segun decia, carece de importancia, pues no hay en él plantio, sembrado ni trabajo alguno ; habiendo estado muchos años enteramente abandonado, como lo de-



muestra el no quedar ya sino uno ú otro membrillo viejo, que indica haber existido allí en otras épocas una quinta.

Sin embargo, Echenique lo ha cercado hace poco tiempo, reduciendo su estension, como para arreglarlo á las condiciones de las huertas que la ley exime de servidumbre, y constituirse así una nueva excepcion contra mi demanda; excepcion que aun no se ha animado á alegar : sin duda por estar los hechos demasiado recientes, pero que quizá trata de crear artificialmente para invocarla mas tarde.

Al contrario, para salvar este terrenito, seria necesario cambiar enteramente toda la traza de la acequia ya construida; y rehacerla del todo con inmenso perjuicio mio; nada importa pues que uno de los peritos deje librada á la consideracion de V. S. la resolucion de este punto, en vista de las indicadas circunstancias, porque dados los antecedentes que se manifiestan, sin que él los contradiga, y que por otra parte son exactísimos, esa resolucion no puede ser dudosa.

Hé aquí, Señor Juez, de todo punto demostrados los hechos que se relacionan con la demanda como fundamentos : aunque he de volver sobre ellos para analizarlos individualmente, y responder á las objeciones del contrario : conviene examinar tambien los que conciernen á las excepciones ó defensas que este ha deducido.

11

§ 3. 1º Nulidad del título de mi concesion, por suponerse que lastima derechos adquiridos : lejos de haber en esto nada de exacto, la verdad es que el Ejecutivo ha mejorado sobremanera la condicion del demandado, no solo concediéndole un título de que carecia, sino tambien ampliando mucho sus pretendidos derechos, pues que, cuando segun el informe de los peritos, con el agua cuya posesion le habia sido reconocida, este no podia regar arriba



de cinco hectáreas y algo mas, tres cuadras mas ó menos, el Ejecutivo le ha concedido regar cien cuadras, alzando el agua de un punto colocado mas arriba de mi toma: de suerte que la concesion que se me hizo posteriormente jamas podia en verdad perjudicar á su derecho.

§ 4. 2ª Cosa juzgada : pretendia Echenique que por sentencias recaidas en pleitos seguidos anteriormente, estaba resuelto que él se hallaba en posesion de toda el agua del Arroyo de los Molinos, deducida solamente la que levantaban las demas tomas ya establecidas, en términos tales que no podria sacarse una sola gota mas de agua sin menoscabar su posesion.

Lejos de acreditar esto las sentencias que ha producido en copia, lo desmienten del modo mas claro y terminante, pues esas sentencias, que examinaré luego con mas detencion, se reducen únicamente á ampararlo en el uso que hasta entonces habia hecho del agua, el cual ha venido á ser determinado recien por los peritos, con el estudio que han hecho de la acequia de que se servia, y nivelacion que han practicado en el terreno, sacando el limpio que no podia regar mas de tres cuadras : el Molino no muele hacen nueve años, está destruido ; y aquel ha impedido su reconocimiento.

Sobre todo, Señor Juez, si alguna vez mi contendor, por no hallarse averiguada la verdad, pudo pretender aunque falsamente, pero sin ser desmentido por hechos manifiestos, notorios é intergiversables, el que su posesion comprendia todo el sobrante de agua, hoy no sucede lo mismo, pues está demostrado lo contrario, de un modo que no deja lugar á discusion, ni duda de ninguna género.

Recientemente en efecto, como lo confiesa el demandado, D. Victorino Rodriguez ha abierto una nueva toma sobre el Arroyo de los Molinos mas arriba de la de aquel; y levanta una regular cantidad de agua sin menoscabar en nada su posesion. El mismo Echenique se presentó despues al Go-



bierno y solicitó concesiones para regar doscientas cuerdas con el agua sobrante. En fin, los peritos han constatado últimamente que su posesion se limitaba al riego de tres manzanas, única agua que podia aprovechar.

§ 5. 3º El privilegio en el derecho de regar, que en su concepto le dá prelacion sobre la concesion obtenida por mí. En vez de demostrarlo, se limita á quejarse de que en este asunto sea necesario probar hasta lo que es de Derecho expreso ; pero sin poder citar con oportunidad, el mas leve testo del Código vigente en que ni expresa, ni implícitamente se encuentre comprendido el soñado privilegio ; mas esta materia no pertenece á los hechos : reservo su exámen mas detenido para cuando me ocupe de las doctrinas jurídicas aplicables á este asunto ; lo cual haré de un modo especial en el lugar correspondiente.

Tal es, Señor Juez, el mérito de autos con relacion á los hechos concernientes á la cuestion ; éstos hablan de por sí, y V. S. encontrará en ellos, así resumidos con la mayor exactitud y fidelidad, los elementos de la resolucion que corresponde en justicia ; contestaré despues las principales objeciones de Echenique, pero antes necesito entrar en ciertos esclarecimientos y observaciones sobre los hechos indicados.

### III

§ 6. El contrario no niega en absoluto los derechos de agua que me corresponden en el Arroyo de que se trata, ya como poseedor de los Molinos, ya como comprador del terreno y acequia de las Cisternas, ambos predios ribereños del expresado arroyo, comprendiendo tres acequias ; y sobre todo no podria negarlos aunque quisiese, estando plenamente acreditados.

Esto supuesto ¿ Qué me impediria legalmente reunir, como me propongo hacerlo, en un solo punto las diversas por-





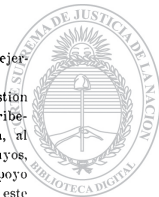
ciones de agua de que actualmente disfruto y recibirlas por un solo canal para aprovecharla de un modo mas ventajoso? ; Porqué no podría juntarlas tambien con el agua que me corresponde por mi concesion y aumentarla así especialmente cuando el arroyo se encuentre abundante, aunque sin salir de los términos de aquella, para formar una empresa mas importante, como la que proyecto?

El demandado dice reconocerme mi derecho, como ribereño, pero me desconoce y me niega decididamente, el de aplicar el agua que me corresponde en calidad de tal, al riego de otros terrenos que no sean ribereños, en cuyo caso considera á la Estancia de la Candelaria situada mas adelante de donde el Arroyo de los Molinos se une al Rio 2º.

Entre tanto, Señor Juez, él se considera con muy buen derecho para regar con el agua de dicho arroyo, el terreno que últimamente ha adquirido, cuya situacion es mas ó menos la misma, que la del que yo pretendo regar; porque como lo manifiesta el croquis levantado por los peritos, viene á lindar, no con el arroyo sino con el Rio 2º: ; El contrario tiene pues las llaves del Cielo!

Nada importa el que la Candelaria no se halle contigua á mis terrenos ribereños como lo está del suyo la última compra de Echenique: esto podría constituir una dificultad por causa de la servidumbre; pero como hoy toda heredad se encuentra gravada con la servidumbre legal de acueducto para hacer pasar las aguas el que las necesita, esa dificultad es ninguna y en realidad no existe.

Efectivamente siendo derivada del Derecho Francés la teoría del privilegio de los ribereños, en Francia se dudó tambien si á aquellos les era permitido aplicar el agua de que como tales podian disponer, en favor de otros predios no ribereños, especialmente cuando éstos no fuesen contiguos á los primeros, y necesitasen usar de servidumbre; pero la cuestion fué resuelta expresamente en sentido afirmativo por ley de 29 de Abril de 1846, que suponiendo en



los ribereños la indicada facultad, para facilitarles su ejercicio, les otorgó el derecho de servidumbre.

Hoy pues, el punto no es dudoso, ni existe cuestión alguna al respecto; de suerte que la doctrina de que los ribereños no pueden aplicar el agua que les corresponda, al riego de otros predios, que no sean contiguos á los suyos, es completamente equivocada, no tiene el mas leve apoyo en Jurisprudencia alguna, y es tanto mas de notarse este error en el contrario, cuanto mas versado se muestra en el Derecho Francés, sobre el cual ha leído y me recomienda tan buenos tratados.

§ 7. Acerca de las aguas de las crecientes manifiesta el demandado que bien puedo yo aprovecharlas, si quiero, pues él no se opone en este punto. Pero ¿cómo he de aprovecharlas sin que se me conceda la servidumbre de acueducto que solicito? Y acaso, su aprovechamiento por si solo ¿dejaría de ser un motivo suficiente para fundar legalmente la demanda de la servidumbre? Nó, ciertamente.

Revise cuantos tratadistas quiera, y creo que no encontrará uno solo, que al hablar de la constitucion de la servidumbre de acueducto para el aprovechamiento de las aguas, exija que las que se desee utilizar sean permanentes.

Todos ellos enseñan por el contrario unánimemente, que bien puede solicitarse dicha servidumbre para emplear las aguas de un torrente que corra periódicamente, las de nieves que se derriten en cierta estacion y aun las aguas de lluvias que se derraman por los caminos públicos.

¿Y por qué pregunto yo, debería ser de otro modo en nuestro país, donde el riego es tan escaso, como indispensable, y donde una Legislacion previsora y adelantada no ha dejado medida por adoptar, al objeto de facilitarlo, comprendiendo toda su importancia para el progreso de la agricultura? ¿Por qué, ni para qué dejar perder el agua de las crecientes?

He manifestado, sin embargo, que no es esta la única agua



de que yo puedo disponer, aunque ella sola bastaria á justificar legalmente la servidumbre ; pues que poseo tres acequias mas, indisputadas, que deseo reunir en una sola; y tengo ademas una concesion importante del agua hasta aquí sobrante, la cual existe en realidad y sin duda alguna, por lo menos para cien cuadras, como lo demuestra con evidencia la solicitud misma de Echenique pidiéndola.

§ 8. En vano quiere colorir este hecho alegando su privilegio : una es la cuestion de la preferencia sobre él y otra la de saber si existe ó no un sobrante de agua ; siendo evidente que en el hecho de solicitarlo el contrario, aun cuando fuese en calidad de privilegiado, reconocia su existencia, pues que los privilegios mismos suponen materia en que se ejerzan : algo que sin ellos deberia distribuirse entre varios ó aplicarse á otro : sin esta circunstancia no se concibe el privilegio. ¿ Quién no lo tiene en lo que le pertenece ?

En vano tambien al solicitar la segunda concesion del Gobierno, le dió á entender que lo hacia solamente para evitar la comunidad que suponía haber tenido en la acequia del Molino que me pertenece, pues esto era una pura falsedad no habiendo existido jamas semejante comunidad.

Los títulos no le dan derecho alguno al agua ; (por eso no los ha presentado) ; y mucho menos á usurlar por mi indicada acequia ; así es que jamás recibió por ella una sola gota de agua ; sobre todo, esto nada tendria que ver con la posesion que le fué reconocida, respecto de la cual es únicamente que se ha de calcular el sobrante, porque es tambien la única que Zelis era obligado á respetar interinamente.

Puesto que Echenique fundado solamente en el falso supuesto del privilegio respecto de mi, es que se ha creido autorizado á pedir nueva concesion de riego para cien cuadras con posterioridad á la que á mí se me habia acordado. ¿ A quién deberia corresponder ese derecho, si resultase que tal privilegio no existe ? ¿ Cómo podria decir entonces que no



habia el agua, que él mismo solicitaba en concepto de privilegiado ?

La cuestion pues, no es de hecho, llamo sobre esto la atencion de V. S., sobre si en realidad existe ó no un sobrante de agua, suficiente por lo menos para regar cien cuadras, sino de derecho, á saber: si mi contrario como ribereño tenga privilegio, por virtud del cual aunque su título sea mas reciente y se encuentre subordinado al mio, cual sucede en efecto, deba ser preferido no obstante en dicho sobrante.

#### IV

§ 9. Respecto á la excepcion de nulidad deducida por él, debo observar, que los actos juridicos, aunque pudieran contener algun vicio intrínseco que los hiciese anulables, no se suponen nulos, antes deben ser tenidos como válidos hasta tanto que el vicio se demuestre.

En especial los actos emanados de autoridad competente y revestidos de las formas legales, teniendo la presuncion de Derecho en su favor, deben considerarse válidos, y subsistentes legalmente, mientras no se pruebe lo contrario.

No se presume que se opongan á derechos adquiridos ó que inferan perjuicio á tercero ; así es que quien lo alegue, debe justificarlo, y aun cuando el título contuviese expresamente la cláusula de *sin perjuicio*, no sería el concesionario quien debería justificar la no existencia de este, sino el que se pretendiera agraviado en sus derechos por la concesion, la existencia de aquel.

Así pues, admitiendo que sobre cosas reservadas al dominio público, como las aguas corrientes, puedan existir derechos adquiridos, propiamente tales, y sin título alguno emanado de la autoridad, derivándose únicamente del uso ó de la prescripcion ; y en fin que se acrediten contra el Fisco y sus sucesores, por sentencia en que se reconozca solamente la posesion interina.—

Admitiendo todo esto, decia, Echenique para oponerse ab-



solutamente y en todas sus partes á mi concesion pretendiendo que su cumplimiento total ó parcial agraviaria sus derechos, era obligado fuera de duda, á demostrar que dicha su posesion comprendia todo el sobrante de agua del arroyo, deducida solo la que levantaban las tomas ya existentes, cuando le fué reconocida.

Esto era imposible de demostrarse por ser falso; pero ademas su falsedad ha quedado evidenciada, cuando Rodriguez sin perjudicar esa posesion, ha abierto nueva toma levantando un volúmen regular de agua, y cuando aquel que hasta entonces no habia regado, ni podidoregar mas de tres cuadras, ha ocurrido al Gobierno para que le permita regar doscientas, sin perjuicio de los otros ribereños.

¿Cómo podria, Señor Juez, levantar agua para regar doscientas cuadras, Echenique que antes no regaba sino tres, sin perjudicar la posesion de los demas ribereños entre otras la mia, pues tengo tres tomas, mientras que en el mismo caso yo no pudiese alzar alguna, sin perjuicio de dichas tomas?

Si no hubiese sobrante alguno, claro es que las concesiones obtenidas por mi contendor perjudicarian mi posesion, y puesto que para obtener la servidumbre de acueducto que solicita actualmente en otro expediente, es necesario demostrar el derecho al agua de que se quiere disponer, mañana mismo tendrá que contradecirse: y que entrará justificar contra lo que ahora sostiene, que habia en realidad agua sobrante para regar doscientas cuadras, y que bien pudo concedérsele sin perjuicio de tercero.

§ 10. No existe cosa juzgada en el sentido de que la posesion interina del contrario comprendiese toda el agua del arroyo deducida solamente la que llevaban las demas tomas reconocidas por él como legales.

La sentencia pronunciada en el juicio de manutencion que es la principal, por cuanto habiendo sido la primera, las



demás nada han alterado y simplemente se refieren á ella, solo le reconoció á Echenique la posesion del agua para el Molino y el riego de un pequeño terreno ; posesion que recién hoy se ha venido á constatar exactamente lo que importaba.

Lejos de declarar dicha sentencia que esa posesion comprendia toda el agua del arroyo, deducida la que alzaban las indicadas tomas, dejó de hacerlo calculadamente, y se abstuvo tambien de ordenar á Zelis el que cerrase su acequia ó cesase enteramente en el uso del agua ; limitándose en la parte dispositiva á prescribirle adoptase las medidas necesarias para dejar al contrario en la misma posesion que habia tenido : resolucion que fué confirmada sin variacion alguna por el Tribunal Superior.

En el juicio de despojo, si bien es cierto que el Juez parece haber comprendido que la posesion de aquel tenia toda la extension que él le daba, indicándolo así en algunos conceptos, se abstuvo sin embargo de hacer declaracion alguna, enmienda ni reforma, refiriéndose absolutamente á este respecto en la parte resolutive de su sentencia á la recaída anteriormente, cuyos términos he recordado.

La Exma. Cámara confirmó simplemente en apelacion esta resolucion ; pero en lo que concierne á la extension de la posesion, es de notarse que en su redaccion corrigió de un modo manifesto, los considerandos del Juez *á quo*, en que indicaba la inteligencia que él daba á lo resuelto anteriormente, en el sentido de las pretensiones de Echenique ; y se atuvo con la mayor extrictez á los términos de la primera sentencia recaída en el juicio de manutencion ; pero en otro lugar tendré ocasion de agregar algo mas sobre esto.

§ 11. La última defensa del demandado consiste en el privilegio ó derecho de preferencia que se atribuye para regar.

Ya he demostrado, Señor Juez, que no subsiste en nuestro Código Civil tal privilegio ; que aquel lo extiende demasiado, prescindiendo de las limitaciones que tenia, y





tratando de ejercerlo mas allá de las condiciones establecidas ; en fin, que arbitrariamente y fuera de todo principio juridico, pretende aplicarlo y hacerlo valer contra otro que en todo caso resultaria igualmente privilegiado.

En efecto, es regla general en Derecho el que un privilegiado no puede usar su privilegio contra otro que lo es igualmente ; siendo muchos los ejemplos y las autoridades que podria aducir en comprobacion de esta doctrina. Así al labrador aunque podia anular la fianza que hubiese prestado, no se le permitia hacerlo, si el acreedor era otro labrador.

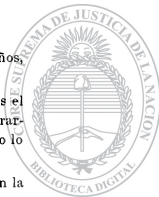
Así el Fisco aunque tenia prelacion por sus créditos, no podia hacerla valer, concurriendo en igualdad de circunstancias, con la muger por su dote por ser tambien privilegiada. El menor de edad, aunque gozaba el beneficio de restitucion, no la tenia contra otro menor.

Suponiendo pues, el que Echenique, como ribereño tuviese privilegio en el riego, no lo gozaria ciertamente contra mi ribereño tambien é igualmente privilegiado.

## V

§ 12. Pero hay mas, la ley Provincial del 69 no lo acordaba en términos absolutos á los ribereños contra los que no lo fuesen, sino con esta limitacion : *en igualdad de circunstancias*: esa cláusula que desde luego echa por tierra las pretensiones del contrario, lo ha embarazado sobremanera, no acertando á explicarla en términos admisibles; y haciéndole ademas incurrir en contradicciones.

Admite desde luego que el derecho del no ribereño apoyado en un título y acompañado de la posesion prevalezca sobre el del ribereño, que aun no la hubiese adquirido; pero contradiciéndose abiertamente sostiene poco despues, que el privilegio en el riego por Derecho natural, es inseparable del predio ribereño y de consiguiente imprescriptible ; de



suerte que aunque dejara de hacerse valer en cincuenta años, todavía podría reclamarse en cualquier tiempo.

¿ En qué quedamos, pues ? ¿ A qué se reduce entonces el derecho del no ribereño, y cuándo es que podría considerarse superior al del ribereño, según las circunstancias, como lo supone la ley en ciertos casos ?

No es solamente la posesion subsiguiente, mas tambien la anterioridad del otorgamiento que puede hacer un título superior á otro según nuestro Derecho Civil, desde que se trate de instrumentos públicos; y esta condicion que se verifica en mi título respecto á la segunda concesion de Echenique, haria desaparecer la igualdad de circunstancias requerida por la ley Provincial, para acordar la preferencia al ribereño.

Verdad es que aunque el contrario hace de esta ley su caballo de batalla, tomando de ella lo que puede favorecerle, poco ó ningun respeto muestra por lo demás á sus disposiciones, que no trepida tampoco en impugnar abiertamente, apoyado en un nuevo Derecho natural referente á los predios ribereños y muy recientemente descubierto.

§ 13. Así, aunque la ley declare expresamente que el no ribereño puede adquirir por prescripcion contra los ribereños, el derecho de regar, él enseña que el privilegio de estos es imprescriptible y no se puede perder por tiempo; y aunque la ley resuelva tambien que el derecho de regar se puede adquirir por título para el no ribereño; es decir, que el ribereño bien puede traspasárselo por contrato ó cesion, aquel sostiene que el derecho del predio ribereño es inseparable de él é inalienable.

Es que necesitaba sostener semejante aberracion francamente contradictoria de los principios de la misma ley en que se apoya, á fin de venir á parar en que un ribereño no puede hacer servir su derecho al agua para regar un predio que no lo sea, como lo pretende al oponerse á mi solicitud aunque me haya reconocido por ribereño y poseedor de va-



rios derechos de agua, que trato de aplicar á mi estancia de la Candelaria.

Porque desde que se admita, segun la declaracion de la ley, que el derecho de regar es separable de los predios ribereños, cuyos poseedores pueden perderlo por prescripcion ó transmitirlo por título, como una cesion ú otro cualquier convenio, adquiriéndolo los no ribereños, no habria manera de negar, que con mayor razon un ribereño puede usar de su derecho para regar otro predio no ribereño: en efecto, si pudiese renunciar su derecho á favor del predio ageno no ribereño, ¿ por qué no le seria permitido aprovecharlo él mismo tambien, para regar un predio suyo en igual condicion, es decir, no ribereño ?

Este argumento incontestable, basado en la ley misma en que el demandado intenta inútilmente apoyar sus pretensiones, lo obliga á prescindir por completo de los términos de dicha ley, separándose tambien en este punto del Derecho Francés, que con tanta frecuencia invoca, para plantear una teoría caprichosa, por ser la única que cuadra á sus propósitos.

## VI

§ 14. Examinados los hechos directamente referentes tanto á los fundamentos de la accion intentada, como á las excepciones y defensas deducidas, debo ocuparme de algunas aserciones y de los principales argumentos opuestos de contrario, que por haberlo sido en el escrito de dúplica, hasta ahora no han tenido contestacion, para satisfacerlos en el mismo órden en que han sido propuestos.

No quiere reconocer Echenique la exactitud de la observacion de que, ni en el presente, ni en los diversos pleitos que antes ha sostenido con Zelis, ha producido título alguno que justifique el derecho que se atribuye para usar el agua del Arroyo de los Molinos; y alega solamente á este respecto las sentencias que tiene presentadas.



No hagamos confusion: una sentencia no es un título por- que no crea, sino que reconoce un *derecho* preexistente, el que supone de consiguiente otra causa de la cual se origine: mucho menos puede considerarse título una sentencia en que simplemente se reconoce la posesion interna, pues una resolu- cion tal solo atiende *al hecho de la posesion actual*, que muy bien puede ser ilegítima.

Ese hecho se respeta provisoriamente por consideraciones de órden público, no por principios de justicia, pues que tal vez proviene de una mera usurpacion, y esto impide el que se le puede considerar como un *derecho adquirido* capaz de ser opuesto á un título formal, y mucho menos de anularlo, cuando por el contrario, en presencia suya debe cesar.

Tan es así, que Echenique no ha exhibido título de nin- guna clase que pueda apoyar sus pretensiones, que mientras recurre al Derecho natural, oculta y reserva cuidadosamente, los documentos de su propiedad, por cuanto ellos no le con- ceden derecho alguno al agua del arroyo; si V. S. dudase de esta asercion, para cerciorarse de su verdad, no tendria mas que mandárselos presentar.

§ 15. Establece que no basta para que deba cesar la po- sesion interina el que se manifieste un título válido que se le oponga, pues es necesario ademas el que se le discuta y apruebe por el Juez despues de compararlo con el del poseedor. La discusion nada hace en favor de la validez de un título, ni esta depende tampoco de la aprobacion del Juez: y en fin mal puede compararse mi título con el suyo, cuando ninguno presenta.

Ya lo hemos dicho: una sentencia no es un título, sino que lo supone; sobre todo una sentencia que reconoce una posesion interina, jamás puede resultar en oposicion á un título válido y legítimo; pues por su misma naturaleza de medida puramente provisoria, sus efectos, es decir el mante- nimiento de la posesion de hecho, deben cesar desde que aquel



se presenta; y eso quiere decir únicamente, *posesion interina*.

Presentado en juicio un título en forma, ya no le basta al poseedor para defenderse, el hecho solo de su posesion : aun cuando pueda comprobarlo por una sentencia del *interin* : desde ese momento está obligado á exhibir un otro título igual al que se ha exhibido ó á abandonar la posesion.

Esta doctrina, Señor Juez, es indiscutible, y no admite duda de ningun género : bien lo comprende el contrario, y buscando una excepcion de que ampararse, recurre á la cláusula de *sin perjuicio* contenida en mi concesion ; mas esta cláusula lo que significa es, *sin perjuicio de un derecho adquirido* y legítimo ; de ninguna suerte que deba respetarse tambien una posesion meramente interina y puramente de hecho, que no se apoye en título alguno legal, del cual se haya originado.

Agrega Echenique que yo mismo reconozco que mi concesion no se opone á su posesion interina buena ó mala, pues que aquella debe cumplirse salvándose esta : efectivamente, mil veces he declarado que ni he pedido tal concesion ni me ha sido acordada en otro sentido ; y si esto no fuese suficiente, tampoco tendria dificultad en que V. S. hiciese al respecto la declaracion conveniente.

Mas á pesar de todo, y en la esperanza equivocada de anularlo, el demandado sostiene con insistencia, que mi título se opone positivamente á su posesion interina ; y en esta suposicion, de mi parte sostengo tambien que si asi fuese, lejos de anularse mi concesion, es su posesion interina la que debe cesar, á menos que se presentase en su apoyo otro título tal y tan bueno.

Una de dos : ó mi concesion, que constituye de por sí un título perfectamente legítimo, se opone realmente, ó no se opone á la posesion interina de aquel : si lo primero en vez de anularse por esa circunstancia, al contrario haria cesar dicha posesion ; si lo segundo es temeraria la cuestion promovida sobre él, pues desde entonces careceria de todo fundamento.



Este dilema no admite término medio, ni tiene contestación. Ahora bien, como respecto de un título emanado de autoridad competente y revestido de todas las formas legales, no se presume que perjudique á tercero en sus derechos adquiridos, ni Echenique lo ha probado tampoco en manera alguna, V. S. no podría dejar de hacerlo respetar.

Algo mas, ni siquiera tendria porque trepidar; puesto que, no queriendo absolutamente perjudicarlo en su posesion interina, aunque me constaba que era mala por carecer de título, he llevado mi deferencia y espíritu conciliador desde el principio, hasta obligarme á respetarla en la extension que ha tenido en realidad y que le determina el informe pericial.

§ 16. El demandado no quiere convenir en que la extension de 400 cuadradas que se me permite regar, haya sido determinada como un *máximum* del cual no puede exceder, pero que no siempre alcanzará : sin embargo, nada hay mas cierto. Yo no solicité esa concesion, sino manifestando que respetaria las posesiones existentes. El Departamento Topográfico informando sobre la peticion observó: que si se tenia en vista la concesion de riego para cien cuadradas que se acababa de hacer á aquel; y siendo el arroyo escaso de agua al menos en cierta época, era difícil pudieran llenarse siempre ambas concesiones.

En fin, el Gobierno mismo al otorgar mi peticion, se fundó en que habiendo concedido á Echenique agua para el riego de cien cuadradas, tomándola de un punto mas arriba de donde yo la alzaría, ningun perjuicio se le podia inferir : es decir, que de ninguna suerte queria perjudicar los derechos legítimos de mi contendor, y que antes bien salvándolos primero, me concedia el sobrante de agua para regar lo que se pudiese hasta 400 cuadradas.

Aunque el sentido de esta concesion no resultase del título ó decreto bastante claro y expícito, los antecedentes que se tuvieron en vista y mis repetidas declaraciones al



respecto, lo habrían fijado suficientemente : en fin si aun no bastasen estas á tranquilizar á Echenique, V. S. podría hacer la que estimase conveniente : y ella subsanaría desde luego todo defecto.

Así entendido dicho título como una concesion de sobras, tomándose por *máximum* la cantidad de agua á que se refiere ; constando del modo mas positivo que en efecto existe ordinariamente un sobrante, cuando menos para el riego de cien cuabras ; y en fin que en circunstancias dadas se podría tomar cuanta se quisiera y llenarse el *máximum* de la concesion. ¿Cuál sería el vicio que impidiese su ejecucion ?

§ 17. Supongamos que en realidad la concesion fuese excesiva é imposible de realizarse en su totalidad. ¿ Por qué no se cumplirá parcialmente ? ¿ Por qué sería nula en todas sus partes como pretende el contrario ? Cuando un título por otra parte legítimo, resulta excesivo, no por eso se anula, sino que debe reducirse solamente, cuanto sea necesario para salvar otros derechos legítimos en oposicion, pues que lo *útil no se vicia por lo inútil*.

Así se practicaría indudablemente en una merced ó venta de tierras fiscales, y no se alcanza razon alguna para procederse de diversa manera en una concesion de agua ; puesto que en lo mas se contiene lo menos, la cantidad que resultase realmente existente y disponible, estaría siempre comprendida en la concesion de otra mayor.

Contra estos principios inconcusos y universalmente reconocidos, sostiene el demandado que si el título no puede llenarse enteramente, es nulo en su totalidad, y que si yo no pudiese regar 400 cuabras, tampoco podría regar cien, por ejemplo ; pues debo regar todo ó nada. ¿ Hase oido jamás extravagancia semejante ? ¿ Se concibe siquiera doctrina mas infundada, ó mas opuesta á la razon y al buen sentido ?

Una donacion inoficiosa. ¿ Se anularia enteramente, ó solo en la parte que perjudicase á los herederos forzosos ? La cesion de una cosa en su totalidad hecha por un comunero



con perjuicio de los otros. ¿Se anularia en su totalidad, ó solo en la parte que no le pertenecia? La renuncia de una herencia verificada por un fallido, ¿Se consideraria del todo nula, ó solo en lo que perjudicase á los acreedores? ¿Cuántos ejemplos podria acumular? Mas para qué? ¿Quién ha puesto en duda jamás aquella verdad?

Para que sucediese lo que pretende Echenique seria necesario que la concesion de agua á fin de regar una extension determinada de terreno, pudiese ser considerada como indivisible; mas esto no tendria fundamento alguno en Jurisprudencia; la cual de ninguna suerte considera individuo un derecho ó una obligacion, que se refiere á un objeto divisible como una cantidad ó una extension determinada.

A este respecto afirma aquel que yo he variado los términos de la demanda, porque cuando en ella solicitaba de un modo absoluto, el derecho de agua para regar cuatrocientas cuadras, despues he convenido en que tal cantidad se considere como un *máximum* reconociéndoseme solo el sobrante, respetadas las posesiones existentes.

No hay verdad en esto, pues como puede verlo el Señor Juez, la demanda en sus términos se referia simplemente á la concesion, y á esta precedieron segun se ha explicado, una solicitud en que se declaraba tambien que el riego para 400 cuadras era sin perjuicio de las posesiones existentes, es decir, en cuanto alcanzase el agua que se consideraba escasa, y un informe pericial en ese mismo sentido: de suerte que el Ejecutivo no pudo valorar la extension de la concesion, sino por el *máximum*.

En lo que efectivamente ha habido deferencia y concesion de mi parte, ha sido en prestarme por allanar dificultades, que sin embargo no he conseguido obviar, á respetar como legitima sin serlo realmente, por carcer de todo título, la posesion interina del contrario que sabia ser insignificante; pero que él trata de extender inmensamente.



VII

§ 18. Arguye Echenique que si yo no pudiese alzar comúnmente agua para regar 400 cuadras, y sin embargo se le exigiese un canal con capacidad suficiente para un volumen de agua proporcionado, en realidad resultaria gravado con una servidumbre mas onerosa que la que en justicia seria obligado soportar.

El demandado incurre en esto sin advertirlo, en una contradiccion flagrante : antes habia declarado que por lo que respecta al agua de las crecientes, yo podia libremente llevar la que quisiera y que él no se oponia : podré pues entonces al menos, alzarla para regar las 400 cuadras ; y como el utilizar el agua de las crecientes en la opinion general, es motivo suficiente para exigir la servidumbre de acueducto, resulta que es obligado á soportarla con capacidad suficiente en aquel para el volumen de agua con que se rieguen 400 cuadras.

El acueducto por que se condujese el agua de las crecientes, habria de ser el mismo sin duda, que sirviese ordinariamente para una cantidad de agua menor, pues que no se habia de ensanchar en algunos casos y reducirse en otros ; y de aquí la necesidad de que permanentemente tenga las dimensiones y capacidad suficiente para el mayor volumen de agua, arreglándose en las diversas épocas por medio de la compuerta, la cantidad que se deba alzar.

§ 19. Otro argumento de la misma fuerza que el precedente opone tambien, observando que una vez que se me concediese acequia de la capacidad que solicito, el abuso de usurpacion del agua seria muy posible, desde que yo vendria á quedar constituido en juez de mis propios actos.

El abuso será posible siempre que exista una toma superior, respecto de los predios inferiores pero la garantia de la posesion y el remedio contra los abusos consisten en las





penas é indemnizaciones que la ley tiene establecidas contra aquellos para casos tales, en los cuales el damnificado lejos de quedar sometido al juicio del mismo interesado, tiene expeditas sus acciones para ocurrir á la autoridad pública.

Si bien se reflexiona, se advertirá que la posesion en general no tiene tampoco en el órden social, otra garantía contra las vías de hecho, imposibles las mas veces, de precaverse de antemano é impedirse, que la reparacion completa y penalidad correspondiente por medio de las acciones judiciales establecidas.

§ 20. Refiere el contrario, sin que se comprenda con qué objeto, sino es para demostrar á V. S., mi falta de equidad y lo exagerado de mis pretensiones, que tratándose de arreglo, yo le propuse tomar agua para regar 300 cuadras, dejándole á él lo demas que era igual á cero.

Esta referencia, Señor Juez, es de todo punto inexacta, pues en dicha propuesta omite aquel que yo le reconocia el derecho con absoluta prelación para regar 100 cuadras, cualquiera que fuese el reglamento que se ha de dar despues para la distribucion de las aguas, reglamentacion á la cual se encuentran expresamente sometidas todas las concesiones hechas.

Esa reglamentacion no puede consistir principalmente en otra cosa que en distribuir las aguas segun la estension de terreno que cada uno tenga y pueda regar, en cuyo caso teniendo yo diez veces por lo menos, mas terreno regable que él, debería recibir el agua en la misma proporcion.

Aquel calculaba el agua sobrante, suficiente para regar 200 cuadras; en cuya suposicion él aseguraba en toda época y á perpetuidad, la mitad de ese sobrante, y aun mucho mas de la mitad en el invierno y tiempos de seca, en que naturalmente, el caudal de agua del arroyo disminuye mucho.

Ya que se trata de las propuestas de arreglo que se cruzaron en las conferencias habidas á este objeto, para convencer



á V. S. así de la importancia de mi empresa, como de la terquedad del demandado, quiero recordar que yo le ofrecí comprarle su estancia, dándole sobre su justa tasación, un 30 por ciento de utilidad al contado, y que este lo rehusó.

No hay en verdad muchos negocios que prometan una utilidad semejante: no era posible tampoco mas desprendimiento de mi parte; y no es de dudarse que con cualquier hombre menos difícil que Echenique, el asunto se hubiera arreglado con ventaja de ambos y de la Provincia, á la cual interesa sobremanera el desarrollo de la agricultura.

§ 21. Para probar el demandado que no pueden regarse 400 cuadras con el agua del Arroyo de los Molinos, recuerda y dice haberlo justificado en otro asunto, que Zelis alzando toda el agua, solo alcanzaba á regar doscientas y pico de cuadras. Tengo entendido que jamás ha producido prueba sobre la estension de terreno que alcanzaba á regar Zelis; pero habiendo sido de mucha seca el año á que se refiere, aunque le concediésemos en todas sus partes lo que alega, ese hecho no sería concluyente en el sentido de demostrar lo que se propone.

Al Rio 1° abundante como es, en épocas de seca ó en la estacion del invierno, si se le sacase agua frente á la ciudad, para regar 100 cuadras, quizá 10, se cortaría sin duda alguna. Los Rios 2° y 3° caudalosos como son, suelen quedar en seco enteramente, y se pasan á pié sin pisar siquiera en agua. Algo semejante acontece por de contado con el Arroyo de los Molinos, y seria posible segun la época, agotarlo del todo con alzar agua para el riego de doscientas cuadras; sin que eso pruebe que en diversas circunstancias no pueda suministrar mucha mas.

§ 22. Observa el contrario que el hecho mencionado por mi parte, de que el año antepasado D. Victorino Rodriguez ha abierto una nueva toma, por la cual lleva un volúmen regular de agua, no prueba que al arroyo quede todavia mas

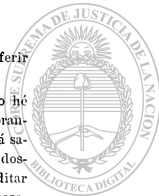
agua sobrante, antes bien seria un antecedente para inferir lo contrario.

Esta observacion, es exacta, Señor Juez, pero yo no he aducido ese hecho para probar que aun queda agua sobrante en el arroyo; lo cual se demuestra de otro modo, á saber, por la solicitud misma de Echenique para regar doscientas cuadradas con ese sobrante, sino á objeto de acreditar su falsedad al sostener en los pleitos anteriores que su posesion comprendía toda el agua de dicho arroyo deducida solamente la de las tomas ya existentes.

Si esto hubiese sido efectivamente así, no habria podido el Señor Rodriguez abrir toma y sacar una cantidad de agua considerable, sin menoscabar gravemente la posesion del contrario, que por decontado no lo habria consentido; y sin embargo segun lo confiesa, así ha sucedido sin reclamacion alguna de su parte; y todavia, como no puede negarlo tampoco, considerándose ó no privilegiado, se ha presentado él mismo al Gobierno, pidiendo concesiones del agua sobrante para regar *doscientas cuadradas*.

Quede pues establecido, porque no hay ya posibilidad de negarlo despues del hecho referido, hallarse constatado y demostrado con la claridad de la evidencia, que el demandado faltaba á la verdad al sostener que su posesion comprendía toda el agua sobrante, cuando segun lo ha puesto de manifiesto el informe de los peritos nombrados, ni regaba, ni habria podido regar mas de tres cuadradas.

Hoy puede regar un poco mas es verdad, pero esta posesion de nada le sirve, pues es usurpada, cambiando la toma y elevando el nivel de la acequia mas de un metro por medio de trabajos recientes, segun lo han notado aquellos; siendo que con arreglo á sus propias doctrinas, nada de esto puede hacerse legalmente sin permiso de la autoridad: es que sin duda preocupado con su soñado privilegio, se considera muy por encima de todas las reglas comunes, que limitan á los del fuero llano.





§ 23. Habiendo negado yo que la posesion reconocida al demandado por las sentencias recaídas en pleitos anteriores comprendiese toda el agua del arroyo, observé que el uso que Zeliz hacia de ella no habia cesado enteramente por virtud de aquellas sino porque, habiéndose cegado la acequia en el terreno de Echenique, este que no habia recibido la debida indemnizacion impidió la compostura.

Despues de desconocer ese hecho ciertísimo y evidentiísimo, acaba por confesarlo paladinamente, contradiciéndose á los pocos renglones, pues acepta que el agua dejó de correr por la acequia de Zeliz, cuando esta fué destruida por una tempestad, aunque agregando la chuscada de que, ella vino á cumplimentar las mencionadas sentencias: es decir, que el contrario pudiendo solicitar la accion de la autoridad para que se ejecutase inmediatamente lo resuelto, esperaba no sabemos porque, que la casualidad de una tempestad, viniese á cumplimentarlo. ¿ Es esto verosímil ni admisible ?

## VIII

§ 24. Vuelve el demandado á emprender su penosa y mas que difícil, imposible tarea, de demostrar que por las sentencias recaídas anteriormente en los pleitos que sostuvo con Zeliz, estaba resuelto: que su posesion interina comprendia toda el agua sobrante del arroyo, deducida solamente la que alzaban las demas tomas ya existentes y reconocidas por él como legales.

¿ Qué valor, Señor Juez, cuando se ha probado hasta la evidencia todo lo contrario ! ¿ Qué valor, cuando sabe muy bien que esa declaracion precisamente, que él solicitó, le fué denegada por la Exma. Cámara ! ¿ Qué dirá pues ahora que los pleitos de comun acuerdo, han venido á determinar esa posesion en el riego posible, quizá no efectivo de tres cuerdas ?

Para arribar á su propósito revuelve los considerandos de



cuatro sentencias anteriores reviviendo en las de 1ª Instancia, los que fueron eliminados ó desechados por el Tribunal Superior ; tomando de aquellos considerando ciertos conceptos aislados, y tergiversando su sentido ; con lo cual produce una verdadera confusion. V. S. obraria por esto con mucho acierto, en atener simplemente á la parte resolutive de dichas sentencias, pues es lo que en ellas tiene fuerza de ley entre las partes.

Empieza el contrario por establecer que la posesion de Zelis en el agua del Arroyo de los Molinos en todo y en parte era absolutamente incompatible con la suya, observando, que de otra suerte aquel no habria sido condenado como perturbador.

Es este, un miserable sofisma que no merece contestacion, y que no vale la pena de ocuparse de él ; puesto que aquel ha afirmado que Zelis alzaba toda el agua del arroyo hasta quedar el cauce en seco ; en tal supuesto por pequeña é insignificante que fuese la porcion de agua que él habia usado, no podia dejar de ser menoscabada y aniquilada su posesion ; pero esto no prueba de modo alguno, que habria sucedido lo mismo, si Zelis se hubiese limitado á llevar una cierta cantidad de agua.

Supongamos que en vez de tomar toda el agua del arroyo, el demandado se hubiese reducido á ocupar la que despues ha sacado D. Victorino Rodriguez, cuya posesion no ha sido menoscabada por éste, mal habria podido pretender que Zelis se la usurpaba en el mismo caso.

El contrario hace tambien muchas veces este argumento que considera sin duda formidable, sin advertir que esgrime una espada de dos filos con que va á herirse él mismo : Zelis sacando riego para doscientas cuadras, dejaba en seco el arroyo : luego Amenabar mal puede pretenderlo para 400, respetando las posesiones establecidas.

Ya he observado, Señor Juez, que este argumento, el cual presenta cierta apariencia, en realidad no tiene fuerza alguna, pues todo depende del estado en que se considere el



arroyo ; épocas hay por cierto en que quizá no pudiera sacársele riego para cien cuadras sin secarlo, (eso mismo sucede en todos nuestros rios ), y otras en que no se le agotaría regando 400.

Si así no fuera, ¿ cómo se comprendería que el demandado acaba de pedir y obtener concesion de riego para doscientas cuadras, obligándose tambien á respetar las posesiones existentes ? ¿ Porqué especie de mágia piensa hacer él lo que á Zelis no le era posible, y se promete encontrar agua abundante, donde yo no hallaria una sola gota, segun está sosteniendo ? ¿ Posee acaso la vara de Moisés ?

Consiste, como lo explica el mismo, en que reputa su derecho mejor y privilegiado ; pero esto todavia no hace al caso ; no confundamos las cosas. Aquí solo tratamos la cuestion de hecho, á saber, si hay agua sobrante ó nó en el arroyo ; si no la hay, por mas excelente que sea su derecho, no la encontrará por cierto ; y si en realidad existe, reconózcalo así con la sinceridad que debemos á la Justicia; y vamos en seguida á discutir el privilegio.

§ 25. Sostener, que la sentencia del Dr. Peñaloza en el juicio de manutencion del interin entre Zelis y Eche-  
nique reconociese á éste la posesion de toda el agua del arroyo, es una temeridad incalificable, porque si bien es cierto que él lo pretendió, exigiendo que se mandase á aquel cerrar su toma, no lo es menos que no lo consiguió, limitándose dicho Juez, sin resolver nada sobre la extension de la posesion, á ordenar á Zelis adoptase las medidas necesarias á rehabilitar al primero, en el uso que hasta entonces habia hecho del agua, respetándolo mientras se esclareciesen los respectivos derechos en vía ordinaria.

Esta sentencia, que fué la primera, y que es tambien la jefe y capital en la cuestion que tratamos, porque no habiendo sido modificada ni reformada por otra alguna, sino al contrario confirmada por el Superior Tribunal,



debe ser el punto de partida en la discusion que nos ocupa, contiene la mas terminante y perentoria condenacion de las exajeradas é injustas pretensiones de Echenique, á convertirse en dueño exclusivo del Arroyo de los Molinos.

Efectivamente, Señor Juez, si en ella se hubiese reconocido que la posesion del contrario comprendia toda el agua del arroyo, lo cual supondria que Zelis no podia usar alguna, poca ni mucha, era consiguiente ordenar á éste cerrar del todo su toma, como aquel lo solicitaba ; y cuando en vez de esto se limitaba á prescribir á Zelis adoptase las medidas necesarias, sin decir cuales, para restablecer la posesion del primero, nada se resolvía sobre lo que ésta comprendia.

Esas medidas consistirian en cerrar la toma, si es que la posesion de aquel, comprendia toda el agua ; en reducirla solamente, si no la comprendia toda, lo cual no se resolvió de modo alguno : tan era así, que advirtiéndolo desde luego, y disconformándose con el fallo, apeló y dijo de nulidad.

¿ Apelar y decir de nulidad de una sentencia que le diera todo cuanto pretendía ! ¿ no habria sido una verdadera locura ? Querer persuadirnos de lo contrario ¿ no es desafiar el sentido comun ? Al apelar Echenique, como tambien al expresar agravios, manifestó según puede verlo V. S. en los autos de la materia, que se habian dejado algunos puntos sin resolucion. ¿ Cuáles eran, pues, esos puntos ? No eran otros ciertamente, que el de si la posesion interina que se mandaba respetar, comprendia ó no toda el agua sobrante ; y correlativamente, el de si Zelis deberia ó no cerrar su toma.

Ahora bien, no habiendo probado el contrario que su posesion fuese tan extensa como decia falsamente, la Excelentísima Cámara no le hizo lugar á la reforma ó declaracion que pedia en ese sentido ; y si bien, por desistimiento de Zelis, confirmó la resolucion de 1ª Instancia, al hacerlo declaró : que el apelante ni siquiera habia justificado que los trabajos de aquel lo perjudicasen, ó lo que es lo mismo, que



su posesion comprendiese toda el agua, pues en este caso no podian dejar de perjudicarlo.

§ 26. Bien conoce el demandado, que de estas sentencias nada puede deducirse en su favor, y por eso agrega : que si alguna declaracion necesitaban, esta se encuentra en la del Dr. Perez, sobre el juicio de despojo, falsedad manifiesta por que un Juez inferior mal podia declarar, corregir, ni enmendar la sentencia del Superior, ni en el hecho tampoco aquel lo verificó.

En la parte resolutive de su fallo, que es á la que debe estarse, segun lo hemos observado ya, se limitaba á aperebir á Zelis para que mientras no se esclareciesen sus respectivos derechos, se abstuviese de perturbar al reclamante en su posesion. Nótese que el Juez no prohibia absolutamente á Zelis usar el agua del arroyo sin esclarecerse los respectivos derechos, sino solo, usarla introduciéndose ó menoscabando la posesion de aquel, que es lo que se entiende por perturbacion.

La sentencia ordenaba tambien á Zelis se abstuviese de ejecutar en terrenos del contrario y *contra su voluntad* obra alguna que tuviese por objeto levantar agua del arroyo. Para comprenderse bien esta parte de la sentencia debe tenerse presente : que no habiéndole abonado Zelis á aquel indemnizacion alguna por el terreno de su propiedad que le ocupó, estaba éste sin duda en su perfecto derecho, para impedirle cualquier especie de obras en él, y en efecto habia pedido al Juez le impidiese hacer trabajos para sacar agua, como efectivamente se lo prohibió.

Esta prohibicion pues, no tenia relacion alguna con el derecho que á Zelis pudiese corresponder ó de que careciese, para usar del agua del arroyo en cierta porcion, sino únicamente á la facultad que no habia adquirido de un modo legal, para llevarla por el terreno de Echenique, como lo manifiestan las palabras *contra su voluntad*.

Ellas indican á las claras que el Juez no hablaba del caso





de expropiacion forzada ó constitucion de servidumbre legal de acueducto, que es el de la cuestion actual ; pues en éste para nada se toma en cuenta la voluntad del dueño, si no únicamente la disposicion del Legislador. Por eso el demandado al relacionar esta parte de la sentencia, omite en ella calculadamente la enunciada cláusula : *contra su voluntad*.

En fin, hablando el Dr. Perez del agua del arroyo, agrega estas palabras : *cuyo goce interino corresponde á Echenique, segun la sentencia relacionada*. Se vé claramente que dicho Juez no se proponia decidir lo que comprendia la posesion de mi contendor, ni mucho menos ampliar la que le estaba reconocida por sentencia del Dr. Peñaloza, corrigiendo esta; antes bien la mantenia en sus propios términos, refiriéndose á ellos de un modo absoluto y sin la mas leve alteracion.

Lo único que afirmaba el fallo que examinamos en su parte resolutive, era que aquel tenia derecho á usar el agua del arroyo segun le estaba reconocido por sentencia : es decir, interinamente, para hacer andar un molino y regar un pequeño pródigo, pues esto solo era lo que le reconocia la sentencia á que el Juez se referia.

¿ Tendria derecho tambien en lo sucesivo á toda el agua sobrante ? Nó : porque la resolucion que examinamos dice : *segun la sentencia relacionada* ( la del Dr. Peñaloza ), quien lejos de haberle reconocido tal cosa, se denegó á las injustas exigencias del contrario, produciendo esa negativa los recursos de apelacion y nulidad con una expresion de agravios, que fué desechada por el Tribunal Superior.

Si pues respecto á la extension de la posesion y modo en el goce del agua del Arroyo de los Molinos, el Dr. Perez se refirió simplemente á los términos de la sentencia del doctor Peñaloza, quien se habia negado positivamente á reconocer que la posesion de Echenique comprendiese toda el agua, mandándole á Zelis cerrar su toma. ¿ Con qué exactitud se sostiene que el último de los referidos fallos, corrigiese al primero, ampliando los términos de la posesion reconocida ?



§ 27. No niego por esto, Señor Juez, que el Dr. Perez comprendiese equivocadamente que mi contendor poseia en realidad toda el agua del arroyo, pues así lo indican sin duda varios conceptos de sus considerandos; y lo que sostengo únicamente, es que no hizo alteracion alguna en lo resuelto anteriormente.

Por eso fue que la Exma. Cámara en grado de apelacion, aunque disintiendo de la inteligencia dada por el Dr. Perez á lo resuelto sobre la extension y límites de la posesion del contrario por el Dr. Peñaloza, confirmó sin embargo sin modificacion alguna la resolucion apelada.

Que la Exma. Cámara disintió realmente del Juez *á quo* en sus vistas sobre el punto indicado, lo prueban claramente los considerandos por los que en términos positivos estableció: que era muy posible que la posesion de aquel no comprendiese toda el agua del arroyo, como lo han venido á evidenciar hechos posteriores é intergiversables.

Arguye el demandado que la Exma. Cámara adoptó los considerandos de la sentencia apelada: efectivamente, así fué, pero no lo hizo sino despues de establecer los suyos; algunos en sentido contrario de aquellos; en cuyo caso la referencia á los primeros y su adopcion no significan otra cosa, ni se entienden sino en cuanto no se opusieran á los que el Superior Tribunal dejaba expresamente establecidos.

Hú aquí pues, despues de recorrer prolija y minuciosamente por el orden cronológico, todas y cada una de las sentencias recaidas anteriormente en los diversos pleitos sobre agua entre Zelis y Echenique, demostrado hasta la evidencia que en ninguna de ellas se le concedió ó reconoció, á este ni aun interinamente, posesion en todo el sobrante de agua, que hoy se atribuye, contradiciéndose á sí mismo, y desconociendo hechos tan claros como la luz del dia.

## IX

§ 28. Me queda todavia para terminar esta materia, analizar tambien algunos conceptos aislados de los consideran-



dos de las mencionadas sentencias, de los cuales, tergiversándolos, procura el contrario sacar partido.

En la sentencia de 1ª Instancia del juicio de manutención se reconocía á este la posesion solicitada, con referencia á ciertos objetos, interinamente mientras se esclareciesen en vía ordinaria los respectivos derechos ; de aquí pretende deducir ahora por una consecuencia mas lata que las premisas, el que ni Zelis, ni yo, podíamos hacer uso alguno del agua, ya fuese que perturbásemos ó no su posesion, sin dicha comprobacion.

Esto es tan falso, Señor Juez, que por el contrario en ese juicio la Exma. Cámara declaró: que las acciones posesorias de Echenique no se extendian mas allá de su interés ; que no habia probado que la acequia de Zelis le perjudicase, y en fin, que lo mismo era en el caso á los efectos legales del referido juicio, el que se le mandase cerrar á éste la toma ó solamente dejar correr el agua suficiente para que quedase libre el uso de aquel.

§ 29. En el fallo de 1ª Instancia del juicio de despojo, se establecia por uno de los considerandos, que no pueden concurrir en un arroyo, ni en un rio, dos ó mas posesiones : esto ciertamente era equivocado ; pues el mismo Echenique reconoce cinco ó seis por lo menos en el de los Molinos : sin duda se fundaba en que la posesion declarada á favor de aquel en este lo comprendia todo; pero, siendo inexacto ese concepto, fué corregido por el Superior Tribunal.

Se decia tambien que amparar á Zelis en su posesion total ó parcial seria reconocerle algun derecho al agua del arroyo cuyo uso le estaba prohibido sin comprobar antes su derecho : este considerando no importaba otra cosa que una referencia equivocada ; pues que en ninguna parte se habia prohibido á Zelis usar el agua del arroyo sin comprobar su derecho, sino en cuanto ese uso importase perturbacion en la posesion del reclamante.

Tal considerando, digo, fué tambien enmendado por la

Exma. Cámara, la cual en su resolución dejaba entender que á haber justificado Zelis el hecho de su posesion (no el derecho) en el agua, diversa de aquella en que se le habia amparado á Echenique, este habria sido condenado como despojante, dándose por supuesto que esa justificacion era posible, por no estar resuelto lo contrario.

§ 30. Zelis creia que el despojo de que se quejaba, resultaba bastante comprobado por el hecho de haberle privado el demandado enteramente del uso del agua, impidiéndole componer la acequia: el Tribunal Superior observó con razon, que ese hecho de por sí, no constituia un justificativo suficiente del despojo, desde que el querellante no habia probado, que deducida el agua que usaba Echenique, quedase algun sobrante de que él pudiese disponer, y del cual hubiese adquirido posesion, sin menoscabar la que se le habia mandado respetar interinamente.

En efecto, sin que esto constase en ese juicio no era posible valorarse exactamente la conducta de aquel al impedir á Zelis, reparar la acequia, y privarle de esta suerte el uso del agua, pues así como podia importar un verdadero despojo, podia resultar tambien un acto puramente conservatorio en defensa de su posesion.

Como se vé, el mencionado concepto de que en el juicio de despojo, Zelis no habia probado que deducida el agua de que se hallaba en posesion el contrario, quedase todavia sobrante en el arroyo, era una mera observacion tendente únicamente á valorar la prueba del despojo, que podia deducirse, de haber impedido aquel enteramente á Zelis el uso del agua, sin mas resultado, ni mas alcance, que el no declararse despojante al contrario.

Este, sin embargo, trata de convertirlo en un precepto perpétuo impuesto á Zelis, para no poder usar jamas el agua del arroyo con título ó sin él, sin demostrar primero que la posesion de aquel no comprende toda el agua: esta





inteligencia del indicado concepto seria absurda en todo sentido.

1º. Porque en regla general los considerandos de la sentencia no tienen la fuerza y valor de una resolucion y mucho menos con relacion á un asunto diferente y un juicio enteramente diverso.

2º. Porque reconocido por el Superior Tribunal, que el uso que Zelis, hizo del agua bien podia resultar inocente, desde que no se habia probado que perjudicase á Echenique, no se le debia prohibir para lo sucesivo ni sujetarlo á condiciones onerosas.

3º. Porque resuelto como lo fué, que no se podia mandar cerrar á Zelis su acequia, sin que el contrario justificase que ningun uso era posible sin monoscabar su posesion, ó lo que es lo mismo, que esta comprendia toda el agua del arroyo, era contradictorio el declarar que no podria restablecer su acequia, sin demostrar que dicha posesion se limitaba solo á una parte del agua.

4º. Porque pudiendo ser apoyado en un título legítimo y válido el uso que Zelis pretendiese hacer del agua, resultaria entonces inútil esa demostracion, desde que en tal caso, si ese uso estuviese en oposicion á la posesion interina, esta debia cesar.

Lo repito, Señor Juez, por última vez y sin temor de que se me cite nada en contrario : lo único que en una sentencia tiene valor entre los litigantes es la parte resolutiva, pues los considerandos no se aducen sino con el propósito de justificarla, y de ninguna suerte para que convirtiéndose en ley, vengan á crear derechos en lo sucesivo.

Déle entonces el demandado el sentido que quiera al mencionado concepto del indicado considerando, nunca tendrá el alcance de obligarme para entrar en posesion del derecho que me acuerda mi concesion, á justificar que la suya interina no comprende todo el arroyo, cuando por el contrario, quien invoca contra un título legítimo derechos ad-



quiridos para dejarlo sin efecto ; es el obligado á comprarlos.

Por lo demas, lejos de ser imposible, ni difícil siquiera la prueba á que provoca ella, está hecha en grado de evidencia, resultante de sus propios actos, como lo he demostrado y de otros hechos no menos manifiestos y convincentes, en términos tales, que lo que asombra es que tenga todavía ánimo para volver sobre esto, procurando sofocar la luz y ocultar la verdad.

§ 31. Niega por último el contrario, sobre el particular de que nos ocupamos, que á Zelis le haya perjudicado en las cuestiones de posesion que sostuvo, la irregularidad de su proceder en la falta de observancia de las formalidades legales, pues segun espone, las sentencias antes mencionadas ningun mérito hacen de esa circunstancia.

Semejante negativa, es sumamente audaz porque no hay una sola de las cuatro sentencias pronunciadas en los mencionados pleitos, que no tome en cuenta la prescindencia de las formas legales por parte de aquel como voy á demostrarlo, á fin de que V. S. se persuada de la falta de veracidad con que procede.

En la sentencia de 1ª Instancia del juicio de manutencion se establece : que « *Zelis ejecutó estas obras (abrir toma y conducir el agua atravesando propiedades particulares) sin solicitar el permiso necesario de la autoridad* ». En la de 2ª Instancia del mismo juicio : « *Que Zelis confiesa haber hecho sin concesion de autoridad alguna y en la forma dicha (atravesando todo el arroyo) el dique y acequia expresados* ».

En la sentencia del juicio de despojo en 1ª Instancia : « *Que el demandado sostiene que es Zelis quien lo ha perturbado en su posesion, pues sin derecho para ello y sin tener sobre su fundo la servidumbre que alega, ha intentado violentamente penetrar y hacer trabajos en su pro-*



piedad.» Por último en 2ª Instancia la Exma. Cámara adoptó este considerando. En vista de lo transcripto, ¿se puede sostener, ni poner en duda siquiera, que á Zelis le perjudicase en sus pleitos, la falta de observancia de las formalidades legales ?

Es que Echenique quiere confundirme á toda costa con Zelis, y se empeña en colocarme en idénticas condiciones, negando ademas que yo por ser sucesor particular de aquel pueda tener derechos mejores, ni mas extensos que los que él poseía : esto, no pasa de una argucia y es enteramente descaminado.

En efecto : aunque como sucesor de Zelis yo no pueda tener derechos mejores, ni mas extensos que los de este, nada me impedía adquirirlos de otra parte ú otra fuente legítima, sin que para hacerlos valer tenga necesidad de derivarlos indispensablemente de dicho mi causante, ni me perjudique tampoco la calidad de sucesor suyo.

## X

§ 32. Sobre las reglas concernientes á la aplicabilidad de las sentencias para decidir si hay ó no cosa juzgada, dice el demandado que invoco los siete sacramentos : él que me repueba usar chuscadas de mal gusto, no lo prueba por cierto muy exquisito en el empleo de semejante figura, pues no se percibe la analogía ni la afinidad, que tengan los sacramentos con los principios que el Derecho reconoce en la expresada materia.

Así por mas que le fastidien, vuelvo sobre ellos, porque en Jurisprudencia abandonar sus reglas en las materias que le conciernen, es hacer de las cuestiones Jurídicas discusiones Filosóficas vagas, abstractas y sin término posible. Dichas reglas se resumian así : las mismas personas, identidad en la cosa, las mismas acciones y en fin, que el juicio sea de igual naturaleza : condiciones que faltan todas en la excepcion opuesta de contrario.





No son las mismas personas las que figuran en la cuestion actual que las que aparecian en los pleitos anteriores, desde que yo no represento en todo y por todo á Zelis, como sucesor universal, ni derivó de él exclusivamente todos mis derechos, que en parte he comprado á otras personas y en parte tambien he recibido del Gobierno.

Aquel no estaba obligado en términos absolutos, segun lo establece y lo repite Echenique, ni lo estoy yo tampoco en calidad de sucesor, á probar mis derechos al agua del Arroyo de los Molinos en juicio ordinario, para poder usarla, sino en cuanto ese uso importase perturbacion en la posesion interina, ó para hacerla cesar ; y fuera de estos casos, en ninguna parte se impone á Zelis la referida obligacion, cual se supone falsamente.

Así es que si este, en vez de alzar toda el agua del arroyo, se hubiese limitado á un uso moderado, igual al que está haciendo desde mas de un año, Rodriguez por ejemplo, el demandado no siendo perturbado, ni despojado en su posesion como no lo es por aquel, de nada habria podido quejarse, ni deducir accion alguna, pues que ninguna le habria correspondido, dado que no pudiese comprobar un perjuicio, ni él existiria mientras no se tocara á su posesion.

Suponiendo que yo, en calidad de sucesor de Zelis fuese obligado á esclarecer mis derechos en juicio ordinario, porque me propusiese hacer cesar su posesion interina, esos derechos se encuentran ya perfectamente esclarecidos por títulos de todo punto legales, que los comprueban plenamente en el presente juicio, el cual por su naturaleza es ordinario, sin que á su vez el contrario haya acreditado los suyos.

Pretende éste que la concesion del Gobierno en mi favor nunca alcanzaria á modificar las sentencias de los Tribunales; no, por cierto, pero produciendo ó creando en mi favor como concesionario nuevos derechos, si ellos resultasen en contradiccion á la posesion interina, bien podrian hacerla, y la harian cesar efectivamente.

No sucederia esto sin embargo, modificando las sentencias



que la reconocieron con calidad de *interina*, sino al contrario cumplimentándolas con exstrictez ; pues seria en su virtud precisamente que dicha posesion vendria á cesar, en competencia con un título legítimo y fehaciente, porque eso importa, hablando con propiedad, posesion *interina*.

Dice mi contendor que los derechos adquiridos despues de largos y costosos pleitos, no deben quedar eludidos por la venta, que me ha hecho Zelis de la estancia de la Candelaria.

No, ciertamente : esos derechos no podian ser modificados por esta venta : pero no siendo mas que de posesion *interina*, pueden ser suprimidos enteramente y destruidos por un título ó concesion emanada del Gobierno, desde que se les suponga en oposicion ; y esto sin que resulte absurdo alguno ; pues que la posesion *interina* bien puede ser injusta ; y tal se la supone, cuando en el juicio ordinario el poseedor no produce en su apoyo título de ninguna especie, segun ha sucedido esta vez.

§ 33. Tampoco es la misma cosa, el objeto de los juicios anteriores que el del actual, por mas que Echenique para demostrar lo contrario, observe : que en el uno y los otros la cuestion versa sobre el agua del Arroyo de los Molinos ; pues con respecto á ésta se puede tratar de la posesion, diciéndose alguien despojado ó perturbado, como en los pleitos mencionados, ó cuestionarse el derecho, y esto de un modo indirecto á propósito de la servidumbre de acueducto, como en el actual.

Una cuestion de agua puede variar tambien por la forma en que se plantee ; la cantidad ó el modo en que se pretenda usar. Así es que si Zelis sostenia que al efecto no necesitaba título ó concesion, y que ademas podia conducirla por terreno ajeno sin expropiar la servidumbre, yo nada tengo que ver en la presente con esas cuestiones, desde que no sostengo tal cosa.

En fin, digo lo mismo respecto á la conducta irregular de aquel en atravesar con un dique todo el arroyo y alzar toda



el agua, dejándolo en seco ; aunque por las circunstancias en que sucedia, no alcanzase á regar mas de doscientas cuerdas ; pues en épocas de seca, esto es mas que cuatrocientas, cuando el arroyo se encuentra abundante: yo no defiendo de modo alguno, lo que hubiese de censurable en el proceder de Zelis.

§ 34. Los derechos ó acciones que antes se ventilaron no son idénticos, ni semejantes siquiera á los que ahora se han deducido, á cerca de los cuales aun no ha recaído resolución alguna, y mal puede decirse de consiguiente, que existe contra ellos cosa juzgada.

Zelis despues de haber perdido los pleitos posesorios de que se ha hecho mencion, compró y me trasmitió luego á mí, un terreno ribereño en el cual hay en ejercicio dos tomas no disputadas ; y así mismo yo he comprado tambien, y me he hecho dueño de la acequia de las Cisternas.

Ahora bien, en la doctrina de Echenique, de que los ribereños tienen un derecho privilegiado para el riego con el agua que baña sus predios, tales adquisiciones serian capaces por sí solas, de cambiar enteramente el aspecto de la cuestion, sobre el derecho á emplear ó hacer uso del agua del Arroyo de los Molinos.

Ademas, Zelis no habiendo obtenido concesion de toma por parte de la autoridad, evidentemente ningun derecho actual tenia cuando litigó para hacer uso del agua ; mientras que yo he obtenido una concesion en toda regla, emanada de autoridad competente, revestida, de todas las formas legales, y que acredita plenamente en juicio mi derecho.

§ 35. Por último los juicios no son tampoco de la misma naturaleza ; siendo muy sabido que la sentencia recaida en juicio sumario ó ejecutivo, no hace cosa juzgada en el ordinario, como no la hace en el de propiedad la que se pronuncia sobre posesion ; en cuyos juicios, nuestra ley de Procedimientos ordena expresamente se deje á salvo al condenado, su derecho para ventilarlo en via ordinaria.



Si cuando no podia ni debia admitirse cuestion sobre el derecho, siendo obligado el Juez á atenerse simplemente al hecho de la posesion, buena ó mala, justa ó injusta, cual sucedia en el juicio sumarísimo del interin, el contrario pudo prevalecer, diciendo solamente que su acequia era antigua, pero sin justificar prescripcion, ni acreditar de otro modo su derecho, hoy no sucederá lo mismo.

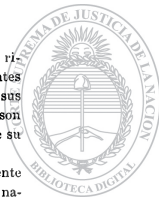
Hemos entrado y nos encontramos en el juicio plenario con sus largos términos, multiplicados trámites y rituales solemnidades : siendo obligados en él ambos litigantes á demostrar nuestro derecho, aquel no ha exhibido el mas leve titulo ó acreditado prescripcion ; mientras que de mi parte los he presentado cumplidos y fehacientes : la justicia obtendrá pues satisfaccion.

## XI

§ 36. Llegamos, Señor Juez, al punto del *riberañaje*, quiero decir al derecho de riego que Echenique atribuye á los ribereños con absoluta preferencia sobre los que no lo son ; privilegio que hoy no existe de modo alguno entre nosotros ; que no pasa de un sueño ó de una ilusion ; pero del cual él se ha preocupado tanto, y de tal manera lo halaga, que en una parte enseña que viene del Derecho natural, y en otra dice ser cuestion de buen sentido.

Es una pretension demasiado vulgar intentar resolver al buen sentido las mas delicadas cuestiones de Derecho, el cual tiene sus reglas y sus principios que constituyen una ciencia sumamente elevada ; y es tambien una presuncion intolerable ofender así la memoria y la reputacion de nuestro sábio Codificador, que por mas que haya rechazado la teoría sostenida de contrario, no ha carecido ciertamente de sentido comun.

Explicando la equidad y la justicia del privilegio que supone hallarse establecido en favor de los ribereños, observa el demandado ser muy natural y razonable que obtenga las



ventajas el que soporta las cargas : y que puesto que los ribereños están sujetos á los daños causados por las crecientes é inundaciones de las corrientes de agua que pasan por sus predios, la comodidad y utilidad de regarlos con ellas, son una compensacion la mas justa de los inconvenientes de su situacion.

La observacion es exacta, pero mal aplicada é insuficiente á demostrar la tésis que se proponia : los inconvenientes naturales de la proximidad á los rios, crecientes é inundaciones, no solo se indemnizan con la ventaja de lá facilidad y comodidad del riego, tambien naturales, sino que estas hacen los terrenos de costa mucho mas valiosos é interesantes, que los que se encuentran separados de ella.

La sábia naturaleza establece en todas partes la ley del equilibrio y las compensaciones ; ella misma ha indemnizado de por sí sobreabundantemente á los ribereños, de los inconvenientes de la proximidad del agua, con los beneficios de esta situacion, que nadie podria ni pretende quitarles; pero sin que sea de modo alguno necesario, ni justo que todavia venga la ley á crear artificialmente un privilegio jurídico, que importa un monopolio del riego en favor suyo.

El agua es la sangre de la tierra, que debe correr y circular por todás partes para vivificarla ; siendo tan necesaria á la vida, como el aire y la luz, que por esto mismo debieron ser comunes y pertenecer á todos. Acaso la situacion de los no ribereños desheredados del agua, que no se pueden proporcionar sino con grades gastos, y dificultades ¿ carece de inconvenientes ? ¿ No es por el contrario, desesperante ? ¿ Era necesario, es admisible siquiera, que todavia el Legislador en vez de protegerlos, venga á agravar su situacion, poniéndose de parte de los mas felices con medidas artificiales ?

Aun sin privilegio, siempre serán los ribereños los que disfrutarán principalmente el agua, á causa de la facilidad con que pueden alzarla, cuando los no ribereños por lo



regular tienen que hacer grandes trabajos, abonar indemnizaciones y soportar crecidos gastos. Con privilegio aquellos fueran los únicos que la aprovecharian del modo mas exclusivo. ¿ No seria pues en este caso una sangrienta burla proclamar no obstante, que toda agua corriente es pública y que en el uso pertenece á todos por igual ?

Si el peligro de las crecientes é inundaciones á que se hallan sujetos los ribereños, no estuviese compensado de hecho con la facilidad de proporcionarse el agua y la comodidad del riego, antes indujese tambien la necesidad de un privilegio jurídico ; siendo mucho mayores las crecientes de los rios y mas considerables sus estragos que los que rarísima vez pueden causar los arroyos, seria mas bien con respecto á aquellos que á estos, que procederia el privilegio, y sin embargo se propone al reves; que unos sufran el mayor peligro y otros disfruten todo el privilegio.

Para nada se toman en cuenta en favor de los propietarios de la costa de rios á quienes se les obliga todavia, á dejar al lado de estos un ancho camino sin indemnizacion alguna, los desastres frecuentes que les ocasionan las crecientes; mientras que en atencion á los peligros imaginarios de los ribereños de arroyos, se les quiere conceder un privilegio que los constituya verdaderos dueños.

Los propietarios situados á la costa de rios navegables disfrutan la ventaja de la navegacion: mas acaso por esto la ley. ¿ Deberia transformar esa ventaja natural en un privilegio jurídico ? Con respecto á la navegacion, los habitantes del puerto ¿ Disfrutan acaso, preferencia alguna sobre los viajeros procedentes de otros puntos ?

A unos y otros ribereños la naturaleza misma les ha sugerido á ciertos inconvenientes, y les ha dado tambien ciertas ventajas : muy bien : la ley debe respetárselas, pero nada mas ; y de ninguna suerte bajo fútiles consideraciones, conviene crear legalmente privilegios artificiales, á favor de los ribereños de los arroyos, cuyos peligros son enteramente químicos.



§ 36. Observa tambien Echenique, que si la ley no estableciese preferencia en el riego á favor de los ribereños, los intereses públicos se perjudicarian ; porque á la vez los dueños de terrenos muy distantes de las corrientes de agua, pretenderian llevarla á largas distancias, de doce leguas por ejemplo, y quizá de cien, donde ninguna les llegaria.

Este argumento que el contrario llama *ad absurdum* es en si mismo absurdo ; pues que no existe en manera alguna el peligro que se manifiesta para el interés público, el cual en este caso se encuentra salvaguardado de todo punto por el interes individual, que conviene perfectamente con aquel.

Nadie en su sano juicio, y si no lo estuviera tendria tutor que se lo impidiera, emprenderia hacer el trabajo ó costear los gastos de un canal de cien leguas para no utilizar absolutamente el agua ; la suposicion es moralmente imposible ; y por eso no hay necesidad de una prohibicion legal.

Las leyes no se dan sino para los casos que suceden con cierta frecuencia y no pueden, ni deben entrar á prever todos los casos posibles. La República se perjudicaria sin duda si el propietario incendiase sus casas, matase sin provecho sus haciendas ó destruyese sus demas bienes : sin embargo, la ley no se le prohíbe : porque sabe que en su sano juicio no lo hará ; y á este respecto descansa tranquila bajo la garantia del interés individual.

## X I I

§ 37. Otra razon que aduce el contrario á favor del privilegio de los ribereños, es la de que ellos para regar no necesitan gravar las demas propiedades con servidumbre, cuando conviene mantenerlas libres en cuanto sea posible.

Este argumento resulta directamente contra el sistema del Código vigente, el cual en vista de los intereses de la agricultura, no ha trepido en gravar y ha gravado en general efectivamente, con la servidumbre legal de acueducto, las



propiedades ; y sobre todo pierde completamente su fuerza, y viene muy mal invocado por mi contrario, quien como le consta al Señor Juez, que está conociendo en el asunto, no solo me exige á mi la referida servidumbre, sino que tambien, lo que es mucho mas todavia, quiere establecer la toma en terreno de mi propiedad.

Así es como aquel al comparar las circunstancias que cree favorables á su derecho, con las que yo podria invocar de mi parte, comete mil inexactitudes que conviene rectificar : voy pues á reproducir ese paragon, modificándolo, segun lo exigen la verdad y la exactitud.

Soy ribereño, dice Echenique, y yo le contesto : tambien lo soy,—Poseo una toma, continúa aquel ; y yo le observo que su posesion es interina y sin título ; mientras que yo tengo tres tomas en posesion y propiedad con títulos legítimos.—V. dice el contrario, pretende regar un terreno que linda, no con el arroyo, sino con el Rio 2º ; y yo le respondo : V. tambien quiere regar otro terreno recientemente adquirido, que linda con el Rio 2º y no con el arroyo.

Me opone el que yo necesitaria gravar su propiedad con servidumbre de acueducto ; cuando el no solo quiere gravar la mia con el pasage de las aguas, mas tambien estableciendo en ella una nueva toma. En fin, si pudiese observar que una de sus concesiones de riego para cien cuadras, es anterior á la mia, deberia tener presente, que la otra de la misma amplitud, es posterior.

Este punto, Señor Juez, del parage en que el contrario intenta colocar su toma, fuera de los términos de su propiedad, en terreno ageno, es de la mayor importancia, y debe llamar sobremanera la atencion de V. S. porque en el Derecho Francés al cual recurre aquel á cada paso, y tiene que recurrir necesariamente para sostener el privilegio, son muchos los autores que le niegan semejante derecho, distinguiendo con cuidado una cosa de la otra ; la servidumbre de acueducto que la ley concede, y la facultad de abrir toma en terreno ageno, que no corresponde al



riberense ni puede adquirirla sino por consentimiento del dueño. (Aubry y Rau. Derecho Civil Francés, tom. 3º, § 246).

§ 38. Acabamos de recordar que por nuestro Código toda propiedad se encuentra gravada con la servidumbre legal de acueducto en favor del que la necesite para regar sus tierras ; lo cual supone á su vez y se correlaciona con el derecho comun á todos los propietarios aunque no sean ribereños, al uso de cualquier agua corriente, pues todas han sido declaradas del dominio público; y en este sentido se ha pronunciado sentencia, hace poco tiempo, por el Superior Tribunal en el pleito de servidumbre de D. Tarciso Novillo con D. Carlos Pruneda.

Echenique para desvirtuar el significado y alcance de esta resolucion, sin que Novillo, que no era ribereño, hubiese producido justificativos de algun derecho especial al uso del agua, observa : que se trataba de una servidumbre convencional : bien está ; pero tal circunstancia no quita su fuerza, ni limita la transcendencia de esa resolucion ; pues que precisamente, por no poder probarse de un modo satisfactorio la convencion, fué que la Exma. Cámara adujo la consideracion de que, en todo caso esa prueba no era indispensable, desde que el Código acuerda generalmente á todo propietario ( ribereño ó no ribereño ) el mismo derecho que se trataba de acreditar, derivado de una convencion particular.

Sí como se supone, la Corte de Limoges hubiese juzgado en sentido contrario, es que la Legislacion Francesa, en lo que toca á las servidumbres legales y al uso de las aguas no es igual á la nuestra : y así ambas Cortes habrian podido haber juzgado bien, cada una con arreglo á la Jurisprudencia á que se hallaba sujeta.

§ 39. Habiendo observado de mi parte que la estancia de la Candelaria, por hallarse situada sobre el Rio 2º poco despues que entra en él, el Arroyo de los Molinos, bien





podria considerarse sin impropiedad ribereña y participante del privilegio, en la suposicion de que éste exista; tanto mas cuanto que el arroyo reuniéndose al Segundo, que no es un rio navegable, aun cuando mude de nombre, no cambia de naturaleza y clasificacion jurídica; en cuyo sentido mi contrario mismo dice del terreno que ha comprado, ser ribereño del arroyo, aunque solo linda con el Rio 2º—

Observando : decia que jurídicamente, los rios no navegables en nada se distinguen de los arroyos, que son permanentes, ni de los torrentes, sino en que estos no pueden serlo, y que el solo cambio de nombre ó aumento en el caudal de agua, mientras no los transforme en navegables, ó por lo menos en afluentes de un rio navegable, no influye en su clasificacion legal de que puedan resultar diversos efectos, el contrario contesta dos cosas :

1ª. Que á ser esto cierto, los ribereños del Atlántico podrian considerarse ribereños de todos los rios que desembocan en él, y pretender regar con sus aguas : eso no pasa seguramente de una chuscada, y no resuelve en manera alguna la dificultad.

Los propietarios situados sobre el Rio 1º poco despues que se reunen los de San Roque y Santa Maria que lo forman ; serán privados de usar el agua de cualquiera de estos, aunque eso les facilite el riego, porque ninguno de ellos sea el Rio 1º ? Los predios que se encuentren sobre el mismo Rio 2º á pocas cuadras de donde se juntan el de los Reartes y el de Anisacate, ¿ carecerán tambien del derecho de usar las aguas de uno ú otro, segun les sea mas cómodo, porque ninguno de ellos es el Rio 2º ? Echenique sostiene arbitraria y caprichosamente la afirmativa, mas esta opinion no tiene fundamento alguno jurídico desde que, como se reconoce, no lo es el cambio de nombre.

2ª. Pero por si esta observacion que tanto afectaba despreciar, pudiese sin embargo tener alguna importancia, aquel poniéndose en guardia, no quiso confesar el hecho



en que ella se fundaba, manifestando que por no tener suficientes estudios geográficos de la Provincia, ignoraba si efectivamente el Arroyo de los Molinos se reúne ó nó al Río 2º: entre tanto el croquis levantado últimamente por los peritos Olmedo y Echenique pone de manifiesto, que el expresado arroyo se une al Río 2º precisamente, en el terreno del contrario y muy poco antes de la Candelaria, ¿ cómo podía entonces ignorarlo éste ? ; Qué sinceridad la que demuestra á cada paso !

### XIII

§ 40. Cuando tratábamos en el escrito de réplica sobre el supuesto privilegio de los ribereños, establecido por una ley Provincial anterior á la publicacion del Código Civil Argentino, cuya disposicion ni se ha conservado en éste, ni es compatible tampoco con sus principios, observé que el mismo Echenique al enunciar aquella doctrina, no lo hacia decididamente, sino de un modo indirecto con referencia al decreto del Ejecutivo que citaba la ley del 69 ; produciéndose con cierto embarazo y vacilacion.

Ahora protesta contra esa suposicion, sentando su teoría del privilegio en términos claros, positivos y categóricos: y avanzando hasta declarar que esa doctrina es inmutable, pues se funda en la naturaleza misma de las cosas, que es de Derecho expreso y en fin cuestion de buen sentido. Y bien, Señor Juez, mi observacion habrá sido equivocada, pero nada tenia de ofensiva. ; Ya veo que el contrario tiene mas ánimo que el que yo le suponía ! Eso es todo.

Yo atribuía por lo demas esa vacilacion y timidez á la circunstancia capaz de descorazonar seguramente á cualquiera, de que no podia dejar de tener muy presente la resolucion reciente y notable por mas de un concepto, de los Tribunales de la Provincia, recaida en el asunto sobre prelacion entre el Banco Provincial y el síndico del concurso del falli-



do D. Isidoro Gonzalez, que de antemano está prejuzgando la cuestion.

Esta sentencia solemne despues de una extensa y luminosa discusion dió por tierra la prelacion en sus créditos acordada por ley provincial al expresado Banco, declarando que no existian otros privilegios que los contenidos en los Códigos nacionales ; porque despues de su promulgacion las Provincias no habian podido crearlos, y los establecidos antes por leyes locales habian quedado derogados.

El abogado de mi contrario parece no haber recibido bien lo que se ha dicho á este respecto, pues como Defensor del Banco se ha considerado aludido y ha creido que la mencion de ese asunto se dirigia á él, mas que á Echenique, que siendo campesino quizá ni supo de tal resolucian. No puedo negarlo ; pero protesto con la mayor sinceridad que de ningun modo he tenido el propósito de mortificar su amor propio, sino únicamente el de aducir, en mi defensa un precedente favorable.

Menos aun que al abogado, aquella observacion Señor Juez, iba en realidad dirigida á V. S. cuya atencion queria fijar de un modo intenso sobre un antecedente legal de la mayor importancia porque entre nosotros hace Jurisprudencia.

No es una ofensa para un abogado de la reputacion del que dirige al demandado y tan justamente adquirida, recordar el éxito desfavorable de un asunto que defendió, dado que este no supone falta de habilidad, ni de instruccion, en el que tantas veces las tiene acreditadas, y que nadie puede poner en duda siquiera con razon, cuando en ese mismo asunto por otra parte tan dificil, tuvo ocasion de mostrar, y mostró efectivamente toda su competencia y su talento.

No dudo por esto que los abogados que menciona, cuyas opiniones en el asunto ignoro sin embargo ; pero que yo tambien como él considero notabilidades del Foro, á los cuales se uniria gustoso el mio, le habran felicitado por su habilísima y erudita defensa : sirvale por tanto esta esplica-

cion de la mas amplia y cumplida satisfaccion respecto á la alusion que parece haberlo lastimado.

§ 42. Y volviendo á nuestro asunto digo : que por mas ilustrados y notables que sean realmente esos abogados, careciendo como carecen de carácter público, al menos individualmente y al emitir sus opiniones particulares, no puedo acordarles la misma fuerza y autoridad que tienen por Derecho las resoluciones de la Exma. Cámara, las cuales por nuestro sistema de Gobierno, lo mismo en el órden nacional que en el provincial hacen Jurisprudencia, y establecen precedentes legales, obligatorios para los Tribunales Inferiores.

Debo observar tambien con franqueza, que por patrióticos y plausibles que fuesen los móviles que dirigieron á dicho Letrado en la mencionada defensa, creyendo sostener en justicia la soberania reservada á las Provincias, en realidad exageraba sus atribuciones, pues á prevalecer su doctrina, en lugar de la uniformidad de Jurisprudencia apetecida por la Constitucion para las Provincias, bien pronto habrian reinado en ellas la confusion y el caos.

No puedo convenir tampoco en que la resolucion recaida en el asunto del Banco, en los términos que he mencionado, echando por tierra todo privilegio civil que no pueda apoyarse en los Códigos nacionales vigentes, nada tenga que ver con la cuestion de Echenique, quien en concepto de ribereño y apoyado en una ley Provincial, se atribuye tambien un privilegio, ó preferencia para el riego respecto al derecho comun de los demas propietarios.

Porque una vez establecido que no hay mas privilegios civiles que los que reconoce el Código Nacional ; que las Provincias no pueden crear derechos que aquel no haya establecido, ni introducir diferencias esenciales por medio de privilegios, en los que el Código considera iguales, queda fuera de duda, que el pretendido derecho privilegiado para el riego en los ribereños, de que no se hace mencion, ni



á cerca del cual se encuentra antecedente alguno en el Código Civil vigente, y que antes bien resulta de todo punto incompatible con sus principios, en realidad no subsiste.

§ 43. Alega en contrario Echenique que la distribucion de las aguas es materia administrativa, que muchas veces corresponde á las Provincias, y sobre la cual estas pueden entonces, legislar, desde que el Código les reserva la facultad de hacerlo.

Ese mismo fué el principal argumento del Banco en defensa de su privilegio; pues tambien este alegaba que el crear Bancos particulares, autorizar sus emisiones y reglar el crédito eran materias administrativas de las Provincias en que no estaban impedidas de legislar: sin que tal consideracion fuese suficiente á justificar su inconstitucional privilegio, ni á desviar su condenacion.

Con muchísima razon fué pronunciada esta, porque aún en los casos en que las Provincias se encuentran autorizadas para legislar sobre las materias contenidas en el Código nacional, reglamentando sus disposiciones, deben hacerlo so pena de nulidad, con entera conformidad á sus principios; y al solo efecto de prestarles fuerza y eficacia, facilitando su ejecucion.

Así tambien á las Municipalidades se permite establecer reglamentos y ordenanzas en ciertos ramos; á la vez, aun en esta misma materia del uso de las aguas en corrientes determinadas; pero sí en tales casos la Legislatura Provincial hubiese sancionado, como puede hacerlo, disposiciones de interés general Municipal, dichos reglamentos y ordenanzas deberían conformarse con ellas sin poder contrariarlas.

Otro tanto debe decirse de las Provincias cuando reglamentan disposiciones generales contenidas en el Código. En vano observa, pues, mi contendor que segun este mismo, las aguas corrientes pertenecen al dominio nacional ó provincial, y que sucede lo último seguramente con el Arroyo





de los Molinos; siendo indudable por tanto que corresponde á la Provincia la reglamentacion y distribucion de sus aguas.

Esto es fuera de duda, sin que por ello, cuando el Código nacional las declara públicas, la Provincia pudiese declararlas susceptibles de propiedad particular; y cuando aquel hace el uso comun á todos los propietarios sin excepcion con ciertas limitaciones, aquella pudiese adjudicarlo exclusivamente á los ribereños, ó bien acordarles un privilegio que mas ó menos importaría una exclusiva.

Tambien con arreglo á las declaraciones del Código Civil, las tierras fiscales situadas dentro de los límites fijados á las Provincias les pertenecen; y sin duda alguna que pueden disponer de ellas, reglamentando su enagenacion; mas no podrian hacerlo por ejemplo, concediéndolas en enfiteusis, dándolas á censo ó estableciendo hipotecas tácitas, que el Código ha suprimido.

La sentencia pues, del Tribunal Superior en el asunto del Banco en entera conformidad á los principios que dejó establecidos, fué muy acertada, y al desconocer la subsistencia del privilegio que se invocaba por las razones mencionadas, indica claramente lo que debe decirse de este otro privilegio de los ribereños, no contenido en el Código y creado solamente por la ley Provincial del 69.

§ 44. Pero el contrario me arguye que esta ley se encuentra mencionada y citada en el decreto de mi concesion del permiso para regar. Ya he explicado, que siendo dicha ley tomada en su mayor parte del proyecto de Código, segun fué sancionado mas tarde; y conteniendo tambien algo de procedimientos, bien puede en esa parte y casi en su totalidad, considerarse vigente, y como tal ha sido citada aun cuando alguna de sus disposiciones no subsista.

Sobre este punto el demandado sostiene una paradoja, pues segun él precisamente en las disposiciones que resultasen acordes con el Código, es en las que dicha ley provincial



no podría subsistir; porque si las Provincias estaban en su derecho para legislar *pro tempore* antes de sancionarse los Códigos nacionales, en las materias concernientes á estos, esa facultad debió cesar y las disposiciones dictadas en su virtud quedaron derogadas al publicarse aquellos.

El Código Civil no ha derogado, ni tenía para que derogar la Legislación anterior, general ó particular, sino en cuanto resultase en disconformidad con sus disposiciones; y mucho menos debía hacerlo en aquellas materias, como el reparto y distribución del agua, en que conservaba á las Provincias la facultad de legislar reglamentándolas.

Si en estos casos ellas hubiesen podido reproducir su Legislación anterior en cuanto se armonizase con los principios del nuevo Código, ¿qué objeto habría habido en derogarla en esta parte? Pero mi contendor que tanto aboga por la facultad Legislativa de las Provincias en materia de aguas corrientes, no parece que se las conservase, sino á condición de ejercerla contrariando las resoluciones y el espíritu del Código nacional, respecto del cual se manifiesta prevenido.

En efecto termina este párrafo quejándose de que en la materia de aguas corrientes y en otras muchas, el Legislador ultrapando sus facultades se haya entrometido en lo que no le concernía. Bien claramente comprenderá por esto, V. S. que sus disposiciones le perjudican en la pretension que sostiene; y que si le favoreciesen, en vez de tacharlas de abusivas y arbitrarias, de seguro que se manifestaría menos severo y mas indulgente con el ilustre autor del Código, honra de la República Argentina y especialmente de Córdoba, su Provincia natal.

#### XIV

§ 45. En seguida conviniéndole al demandado establecer la absoluta inseparabilidad del derecho de los posee-





dores para regar, de los mismos predios ribereños que les pertenecen, pasa á tratar de la inalienabilidad é imprescriptibilidad del derecho de agua en aquellos, por el simple no uso.

En este último punto principalmente se extiende demasiado, hace largas transcripciones, y todavía manifiesta que siente no poder continuar : yo podría, atajarlo en el exordio de su disertación, con solo observarle que la ley provincial de 29 de Agosto del 69 que es la base de su defensa, establece expresamente principios opuestos ; porque al acordar la preferencia para el riego á los ribereños, agrega : *salvo los derechos adquiridos* ( para los no ribereños, se entiende ), *por título ó prescripción* ; palabras en que aprueba y establece terminantemente la doctrina de la alienabilidad y prescriptibilidad del derecho de los ribereños.

Quiero no obstante decir algo mas al respecto : la teoría de la imprescriptibilidad de ciertos derechos llamados de *mera facultad*, por el simple no uso, no es nueva como piensa á lo que parece mi contendor, pues que se encuentra ya en el Derecho Romano, á propósito de la pérdida de las servidumbres urbanas, porque considerándose consistir su ejercicio en actos de mera facultad, no bastaba ciertamente el simple no uso para la prescripción, segun puede verse en Vinnio Coment. á las Inst., tom. 1º, páj. 239, Nº 5.

El Dr. Velez en la nota al art. 96, tít. de *las servidumbres en particular*, espone tambien en términos sencillos y claros, la teoría de la no prescripción de los derechos de *mera facultad* por el simple no uso, ilustrándola con algunos ejemplos muy oportunos : no porque un individuo, dice, haya dejado de edificar su terreno en mucho tiempo, podrá el vecino en manera alguna, pretender que ha prescripto contra él la servidumbre *altius non tollendi*. No se precisaba buscar otras autoridades, ni recurrir á Troplong, ni á Capota para demostrar esto.

Yo voy mas adelante que mi contrario ; y en esta materia



me permito observar que ningun derecho real, siendo todos perpétuos por su naturaleza, puede perderse por el simple no uso: el dominio por ejemplo ó cualquiera de las facultades que confiere, no se pierde, ni se menoscaba siquiera, por el mero transcurso del tiempo sin ser ejercitado.

Así el dueño de un terreno aun cuando no lo hubiese edificado, plantado, ni aprovechado de otro modo en cincuenta ó mas años, durante los cuales tampoco lo hubiese ocupado ejerciendo el mas leve acto de posesion, no habria perdido por esto solo su propiedad; y aunque en todo ese tiempo no hubiera abierto pozo, y su apertura perjudicase al vecino, agotando el suyo, este sin embargo no tendria derecho para oponerse, pues nada habria prescripto.

Lo contrario deberia resolverse no obstante en todos los casos mencionados, cuando á la falta de ejercicio de parte del dueño, se reuniese la posesion de otro, que atribuyéndose derecho, hubiese practicado actos positivos en sentido opuesto, que importasen el desconocimiento del dominio ó la negacion de las facultades que él confiere legalmente.

Igual cosa se verifica, Señor Juez, con el derecho de los ribereños, que si bien no lo perderian por el simple no uso, aunque transcurriese mucho tiempo, no sucederia lo mismo, si ademas de esto, otro hubiese estado en posesion del agua que podia corresponderles, practicando obras que imposibilitasen el riego para los primeros; y mucho mas si tratando estos de regar, aquel lo hubiese impedido pretendiendo que tenia derecho para hacerlo; porque si despues de todo transcurriese todavia largo tiempo, continuando la inaccion y la paciencia del dueño, este al fin perderia su derecho fuera de toda duda.

¿ A qué se reduce, entonces en su aplicacion al de los ribereños, esa doctrina tan decantada de la imprescriptibilidad de los derechos de *mera facultad*? ¿ En qué consiste esa especialidad tan remarcable que con gran empeño se ha esforzado por establecer el contrario? A que el ribereño no pierde su derecho por el no uso, si al mismo tiempo



otro no lo posee, desconociendo el de aquel positivamente, y constatando su oposicion por actos materiales ? ¿ Y para esto eran necesarios, tanto ruido, tanto tiempo y tantas citas ?

Mi contrario tratando de mejorar mas y mas la condicion de los ribereños y exagerando sus soñadas prerogativas, clasifica por un derecho real el uso de los ribereños en las aguas corrientes : vendria entonces á ser una verdadera servidumbre ; y en tal caso le seria adversa la opinion de Proudhon, quien fundado en esto precisamente, niega á los ribereños la facultad de aplicar el riego, como aquel lo pretende, á los predios que nuevamente adquieran, aunque sean contíguos á los suyos ; por cuanto al poseedor de una servidumbre no lo es permitido ampliarla por actos propios, haciéndola mas estensa ó mas gravosa. — (Del Dom. Púb. tom. 4, N° 1426 ).

## X V

§ 46. Tocamos el punto culminante de la discusion y que interesa tambien mas en este asunto, el estudio comparativo de la ley provincial del 69 ; del Derecho Francés y del Código Argentino en sus disposiciones sobre las aguas corrientes, para ver si efectivamente apoyan la pretension de mi contendor á título de ribereño en el Arroyo de los Molinos, anulando mi concesion para regar la estancia de la Candelaria.

Al decir en mi anterior escrito que la ley de Agosto del 69 introducía en la materia de aguas corrientes una grave innovacion, me referia, al proyecto de nuestro Código Civil, que manifestamente le sirvió de base, y del cual en su mayor parte dicha ley no es mas que una cópia literal, conteniendo sin embargo, algunas disposiciones de muchísima importancia que no se encuentran en él ; y lo que es mas, incompatibles de todo punto con sus principios y sus declaraciones, como el privilegio concedido á los ribereños.

Pero si en efecto hubiese dicho que esta ley contenia



graves innovaciones sobre el Derecho Francés y los Códigos Europeos que lo han seguido, segun lo ha comprendido mi contrario, no tendría ciertamente porque retractar esa afirmacion, pues seria una gran verdad : siendo evidente á la simple vista, que la ley provincial concede mucho menos derecho á los ribereños que el Código Francés ; aunque se los otorga indistintamente con relacion á todas las corrientes, mientras que aquel concreta, su privilegio á los pequeños rios ó arroyos.

§ 47. El Derecho Francés distingue los rios navegables ó flotables de los que no lo son : declarando los primeros solamente del dominio público, y reservando el uso de las demas corrientes á los ribereños exclusivamente.

Estos por tanto, sin necesidad de otra concesion y autorizados en general por el Código, pueden emplear las aguas de los arroyos que pasan por su propiedad en el riego de sus respectivos predios : mientras que para alzar agua de un rio del dominio público, se necesita una concesion particular del Gobierno.

El uso de los ribereños tiene por condicion el restituir las aguas á su cauce despues de haber servido, siendo sin embargo mas estenso el derecho de los ribereños cuyos terrenos atraviesa el arroyo, que el de aquellos por cuyos límites pasa solamente.

En cuanto á los no ribereños, no se les acuerda derecho alguno que se derive inmediatamente de su calidad de propietarios, y como el concedido á los ribereños es exclusivo, no estando tampoco determinado el fondo de los terrenos de costa, no se supone naturalmente que haya ó pueda haber sobrante de agua.

Se sabe, que la Legislacion Francesa se extendió y prevaleció por todas partes, y en la materia que nos ocupa adoptaron sus disposiciones Alemania, Bélgica, España, y varios otros paises de Europa y América, entre ellos Chile, Bolivia y el Estado Oriental, aunque mas tarde España ha cambiado



de sistema en sus leyes sobre irrigacion.—Véase á Calvo y Pereira, «Tratado de las aguas», páj. 313.—«Enciclopedia de Derecho y Administracion», tom. 2º, páj. 321.

Hé aquí, el testo capital del Código Napoleon, á saber el art. 644, que determina el derecho de los ribereños, cuya exposicion comprende toda la materia; y por el cual tienen que resolverse todas las dificultades que ocurran ó cuestiones que se susciten.

Dice así : «El propietario de la finca por cuyas márgenes pase agua corriente que no sea de la que declara dependencia del dominio público el art. 538 (los rios) en el título de la distincion de bienes, puede servirse de ella para regar *sus propiedades.*»

«Aquel cuya propiedad atraviese el agua, puede tambien aprovecharla en el espacio que recorra; pero con la obligacion de volverla á su curso natural al salir de su predio.»

En presencia de una disposicion tan expresa y concluyente, es innegable, que el Derecho Francés hace mejor la condicion de los ribereños de los arroyos, que la de los que no lo son, mas todavía que la ley provincial del 69; y para demostrar esto no tenia que afanarse Echenique, pues como ha citado cinco ó seis autores Franceses, bien pudo citar quinientos ó seiscientos, porque siendo terminante el Código Napoleon al respecto; no puede haber uno solo de sus infinitos expositores, que no enseñe la misma doctrina.

§ 48. Mas, ¿ha terminado con ésto la tarea? De ninguna suerte, antes se encuentra muy distante de alcanzarlo, puesto que ni nuestro Código, en la materia que nos ocupa, ha sido sacado del Francés, ó armoniza con él siquiera en sus disposiciones, ni la misma Jurisprudencia Francesa aplicada al caso de nuestra cuestion le favorece en nada.

¿En qué consiste efectivamente en términos simples esa cuestion? Consiste en resolver si yo ribereño por varias propiedades del Arroyo de los Molinos, puedo llevar el agua que me corresponde, para regar la estancia de la Can-



delaria, tambien de mi propiedad, pero no ribereña ni contigua de aquellas.

Bien pues, para negarlo, cual lo niega el contrario, ¿le favorece acaso la Jurisprudencia Francesa ? No, ciertamente Sr. Juez, antes bien, si V. S. hubiese de resolver por aquella Jurisprudencia, tendria que hacerlo contra él, igualmente que por la Legislacion patria calcada sin embargo, sobre muy diversos principios.

Segun puede observarse en el texto del art. 644 que se ha transcripto, al hablar del derecho del ribereño á emplear el agua corriente, dice «puede servirse de ella para el riego de *sus propiedades*.» Esta palabra *propiedades* tomada en plural y en términos absolutos, sin limitacion alguna, comprende fuera de duda, todas las propiedades del ribereño, ya se encuentren contiguas las unas de las otras, ya se hallen separadas.

Es verdad que en este último caso habia el inconveniente de la servidumbre que era necesario adquirir del dueño del predio intermediario ; pero era de cuenta del interesado allanar por medios legales esa dificultad.

Haciéndose cargo de ella no obstante el Legislador, vino á suprimirla enteramente en el interés del desarrollo de la agricultura, concediendo en general por ley de 29 de Abril de 1845, al ribereño, la servidumbre de acueducto en el predio intermediario, para que en el expresado caso, pudiera llevar las aguas de que tenia derecho á servirse, hasta la propiedad mas distante.

Si pues la ley misma vino á autorizar al ribereño, del modo mas expreso y terminante, para servirse indistintamente de las aguas, que como á tal ribereño le correspondan, ya sea en el riego de sus propiedades de la costa, ya en el de las mas distantes y separadas de las otras por predios intermedios ¿ qué duda puede caber al respecto desde entonces ?

XVI

§ 49. Si fuese con todo, necesaria alguna ilustracion sobre este punto, oigamos á cerca de él diversos autores de los mas respetables : tratando de averiguar si un ribereño puede regar otro fundo nuevamente adquirido, he aquí como se expresan los Sres. Masse y Verge, anotadores de Zachariæ.

« Sin embargo, el agua puede ser conducida del fundo ribereño á otro fundo, si ambos son contiguos y pertenecen al mismo propietario. Esta cuestion era dudosa antes de la ley de 29 de Abril de 1845 sobre irrigacion. Pero el art. 1º dando á todo propietario que quiera servirse para el riego de sus propiedades con aguas naturales ó artificiales de que tenga derecho de disponer, la facultad de obtener el paso de estas aguas por los fundos intermediarios con cargo de indemnizacion, y por consecuencia dándosele el derecho de servirse de las aguas aun para *sus propiedades no contiguas á sus fundos ribereños*, resulta de allí que con mayor razon él tiene el derecho de servirse de aquellas para sus propiedades contiguas. » Derecho Civil Francés, tomo 2º § 319, pág. 163, nota 1ª.

Los Sres. Aubry y Rau, explicando las palabras del artículo antes transcripto—*pueden servirse de las aguas para el riego de sus propiedades*, dicen : « Por estos términos de que se vale el art. 644 se debe entender no solamente el fundo ribereño mismo, sino tambien las heredades mas lejanas, pertenecientes al propietario de este fundo. » Lo cual, agregan, ha dejado de ser dudoso despues de la ley de 29 de Abril de 1845. Tomo 3, § 246, pág. 49.

Sirey sobre el punto indicado se expresa así : « Se ha juzgado aun, que el ribereño puede servirse de las aguas para la irrigacion de sus propiedades vecinas del fundo ribereño, aunque estén separadas de él por otras heredades; y concluye citando en comprobacion una resolucion del Tribunal de Dreux, fecha 19 de Junio de 1835 ; del de Lyon



15 de Noviembre de 1854 ; del de Colmar 9 de Abril de 1861 ; Corte de Cass. 14 de Marzo de 1849. ( Código Civil artículo 644 pág. 152 ) Véase tambien á Demolombe, de serv. tomo 1º, núms. 213 y 214. Colmeiro, Derecho Administrativo, tomo 2º, núm. 1257, inc. 1º.

§ 50. Ved ahí, Sr. Juez, los principios fundamentales del Derecho Francés en la materia de aguas corrientes, y en especial los que afectan mas de inmediato la cuestion que se debate ; hay tambien algunas doctrinas que sin tener con esta una conexion tan estrecha, no dejan sin embargo de relacionarse con ella y á cerca de las cuales me permitirá V. S. extractar las opiniones de varios autores, entre éstos algunos citados de contrario, para rectificar muchas ideas equivocadas que se han emitido en el decurso de la discusion.

Escriche en su Dic. de Leg. palabra « agua » esponiendo el Derecho Español moderno, que nunca nos ha regido, pero que antes de la reforma, estaba calcado sobre el espíritu del Código Francés, el cual reconoce privilegio á los ribereños, enseña : que estos para usar las aguas de los arroyos que pasan por sus propiedades no necesitan permiso de la autoridad.

Si un ribereño adquiere otro terreno junto al suyo, puede indiferentemente regar uno ú otro terreno, siempre que no ocupe mayor cantidad de agua ; de suerte que lo que interesa no es el predio que riegue, sino la cantidad de agua que aproveche.

Por lo demás le es permitido vender, ceder y renunciar su derecho, el cual se pierde por prescripcion : si se divide una heredad ribereña, bien puede pactarse sobre el uso del agua ; y á no estipularse otra cosa, las porciones de terreno que dejen de ser ribereñas, conservarán sin embargo el derecho para regar.

Aunque las aguas deben distribuirse con igualdad, los intereses de la agricultura requieren que esto se practique distribuyendo la cantidad de agua, segun la extension de





terreno que cada uno pueda regar, como lo prevenia la ley romana.

§ 51. Colmeiro en su Derecho Administrativo, tom. 2º, cap. 5, fundándose en las mismas leyes, enseña tambien que los ribereños pueden usar, al pasar, las aguas de los arroyos sin necesidad de permiso especial, el cual solo es preciso respecto á las del dominio público.

Admite expresamente la prescripcion y enseña: que tratándose de aguas de aprovechamiento comun, pueden los Ayuntamientos reglamentarlo por medio de Ordenanzas, pero con sujecion á las leyes ¿ cómo pues, podrian hacerlo las Provincias sin conformarse á las disposiciones del Código nacional.

§ 52. Zachariæ en su Derecho Civil Francés, tom. 2º, § 319, reconociendo con arreglo á los principios de éste el derecho exclusivo de los ribereños, lo limita sin embargo, salvando en favor de los demás propietarios, *los derechos adquiridos por título ó prescripcion*, que son las mismas palabras exactamente, de que se sirve nuestra ley provincial del 69.

Los anotadores Masse y Verge explican, que aunque la facultad de un ribereño para usar del agua no se pierde, ni se prescribe por solo el hecho de haberla dejado de usar, sucede de otro modo cuando además, se le ha opuesto contradiccion por el que se servia del agua: cuya doctrina apoyan Duranton, t. 5, n. 224. Daviel, t. 2, n. 583. Vazeille, de las prescripciones, Nº 407.

§ 53. Aubry y Rau. tomo 3º, § 241, enseñan que el ribereño puede exigir la servidumbre de acueducto para el riego de sus *propiedades no ribereñas* con el agua de que tenga derecho á servirse; pero no puede por mas que disfrute el derecho de servidumbre, abrir toma mas arriba de su terreno





sin consentimiento del dueño; y esto, á pesar de que no pudiese sacarla de otra manera.

El que ha adquirido el derecho á usar del agua, aunque solo le corresponda en calidad de ribereño de algun arroyo, puede no obstante cederlo, aun para el riego de terrenos no ribereños sin inconveniente alguno.

Corresponde el derecho de pedir la servidumbre legal de acueducto aun á aquel que reuniendo las aguas, que corren por un camino público, quisiese utilizarlas para regar. Corresponderá pues, digo yo, con mayor razon al que se proponga aprovechar las aguas de las crecientes de un arroyo.

En el mismo § 241 manifiestan que no se debe dudar en admitir la legalidad de la cesion de un derecho hecha por un ribereño para el riego de propiedades no ribereñas, porque el sistema contrario restringiria singularmente la aplicacion de la ley de 29 de Abril de 1845.

En fin, el derecho de un ribereño puede extinguirse por el transcurso de treinta años, si además del no uso de parte de aquel, se le hubiese puesto contradiccion al ejercicio que pretendiera hacer, ó si existian obras que se lo impedian.

## XVII

§ 53. Vengamos ahora á nuestra Legislacion. Los principios que basan el Derecho Civil Argentino sobre aguas corrientes son completamente diversos, Sr. Juez, y aun contrarios á los del Código Francés de que nos hemos ocupado, lo mismo que á los de las naciones Europeas ó Americanas que lo han seguido en esta materia.

Por nuestro Código mas moderno y adelantado, no hay distincion alguna para las aguas corrientes, como del dominio público y del dominio privado, pues todas absolutamente, con la única escepcion de las que nacen y mueren dentro de una misma propiedad, pertenecen al Estado, quien concede el uso á los particulares indistintamente.

El derecho de regar corresponde en comun y con perfecta



igualdad á todos los propietarios, ya sean ó no ribereños, ya sea que la corriente atraviase una propiedad ó solamente la límite, y aunque ni siquiera la toque ; pero no pueden usarlo sin permiso especial de la autoridad.

Lejos de encontrarse en nuestro Código como en el Francés, algun artículo análogo al 644 de aquel, que por una disposicion general autorice á los ribereños, para usar el agua de los arroyos á su paso delante de su propiedad, que segun hemos visto, es la fuente y el origen del derecho exclusivo que la Jurisprudencia Francesa reconoce en los ribereños, existe la mas formal y expresa negacion de esa facultad.

De consiguiente, suponer que las disposiciones de nuestro Código en la materia que nos ocupa sean tomadas del Código Napoleon, es un error muy grave ; pretender explicarlas por éste, un gran desacierto, y en fin tratar de conciliarlas siquiera, es una empresa enteramente vana, porque se acomete la realizacion de un imposible.

§ 54. Empeñado con todo Echenique, en mantener el privilegio de los ribereños establecido por una ley provincial anterior á la publicacion del Código Argentino, y tomada en esta parte del Derecho Francés, ha buscado en aquel algun indicio de que por sus disposiciones pueda todavía considerarse subsistente el enunciado privilegio ; creyendo haber encontrado una indicacion que lo demuestra, en el epígrafe del tít. 6, lib. 3º : *Restricciones y límites del dominio*,

El discurre así ; desde que en este título se trata del uso de las aguas corrientes, y sus disposiciones dirigidas solamente á los ribereños importan meras limitaciones al dominio, no se puede dudar que la propiedad de las corrientes por nuestro Código corresponde solo á los ribereños.

El discurso está basado en un falso supuesto ; porque el dominio de que aqui se habla y se quiere limitar, no es el de las aguas, que declaradas todas del dominio público, no son susceptibles del privado ; sino la propiedad sobre la tierra ó sea el dominio de los particulares en general, al cual



va unido el derecho de usar las aguas corrientes para el riego, y el de solicitar la servidumbre de acueducto en los terrenos que con este objeto se necesitase atravesar.

Nada hay mas vicioso que el argumento del contrario, que probando demasiado, no probaria nada, *multum probas, nihil probas*; y que ademas se volveria contra su mismo autor: el privilegio de los ribereños por el Derecho Francés se concreta á los arroyos, y pretender aplicarlo igualmente á los rios públicos seria una monstruosidad sin ejemplo.

Ahora bien, como las limitaciones al dominio contenidas en el título indicado y concernientes al uso de las aguas corrientes, se refieren indudablemente á todas, ya se trate de rios ó de arroyos; si por dirigirse á los ribereños fuese necesario considerarlos dueños, vendrian á serlo no menos de los arroyos que de los rios aun navegables.

Ademas, es evidente que las mencionadas restricciones del dominio no rezan menos con los propietarios no ribereños que con los ribereños, porque de otra suerte seria necesario permitir en aquellos, cuanto se prohíbe, por perjudicial, en estos.

Bien pues, si tales limitaciones, refiriéndose al dominio de las aguas corrientes en general, viniesen á comprender en sus disposiciones á los propietarios no ribereños, seguiríase de ésto, lógica é irremisiblemente, que tambien los últimos eran dueños de las corrientes no menos que los ribereños.

El Código Argentino en este título menciona solo á los ribereños, porque son tambien los únicos que nombra el Francés; por virtud del cual, mucho mas habiéndose extendido tanto su Jurisprudencia, algun ribereño podria considerarse dueño de cualquier arroyo, segun ha sucedido en efecto, y hay todavia quien lo sostenga; pero si nuestro Código recuerda en particular á los ribereños, no es por cierto para beneficiarlos especialmente ó privilegiarlos, sino al contrario, para negarles los derechos que el Francés les reconocia.

§ 56. Desciende luego el contrario á examinar en de-



talle las indicadas limitaciones del citado tít. 6º, siempre con el propósito de demostrar que ellas suponen en los ribereños el dominio de las aguas corrientes (de todas sin distincion); y como sucede siempre que quien consulta un libro cualquiera, fascinado por una preocupacion, jamas encuentra en él sino lo que desea, sin apercibirse de lo que le perjudica, así mi contendor no deduce de aquel exámen sino la comprobacion de su teoria preconcebida.

El art. 29 prescribe á los ribereños dejar á la orilla de los rios un camino de una extension determinada y sin indemnizacion : esto que nunca seria aplicable á los arroyos, ya es una prueba para el contrario de que el Código conserva su privilegio á los ribereños, por cuanto no les acuerda otra indemnizacion.

Desde el Derecho Romano y las leyes de Partida los dueños de terreno en las costas de los rios navegables, han sido obligados á mantenerlas libres y desembarazadas para los usos de la navegacion. Así es que el Código vigente al ordenar á los propietarios dejar una calle, no ha creído imponerles un gravámen, pues que ninguno de ellos pudo adquirir su propiedad sin una restriccion semejante.

Si bien se reflexiona, la medida de mandar dejar una calle ó un camino entre las propiedades particulares y el rio, lejos de ser un indicio de que se tratase de acordarles privilegio en el riego á los ribereños, seria un dato para deducir lo contrario, puesto que por el Derecho Francés del cual ha sido tomado, el privilegio de los ribereños cesa enteramente, si entre sus propiedades y las corrientes existe un camino público ; ó lo que es lo mismo no se les considera ya tales ribereños. — (Laurent, Principios de Derecho Civil, tom. 7º, páj. 327, Nº 272.—Zachariæ, Derecho Civil Francés, tom. 2º, páj. 163, nota 1ª.

Por último, cuando la cuestion es relativa á un arroyo la indicada prescripcion contenida en el art. 29, de dejar una calle de treinta y cinco metros, se refiere solo á los rios, y si por importar limitacion al dominio y dirigirse á los ríbe-



reños, debiese suponerse que ellos son los dueños de las aguas corrientes, vendrian á serlo no de los arroyos, sino de los rios navegables ó no ; y como esta consecuencia, aunque lógica es absurda ; para no caer en ella, es necesario rechazar las premissas de que se deriva.

§ 57. El art. 32 prohíbe á los ribereños desviar el agua de las corrientes naturales que pasan por sus propiedades, sin obtener especial permiso de la autoridad. Salta á la vista, que la doctrina de este artículo, mucho mas, combinada con la del 27 del mismo tit. 6º, es la antítesis de la que se deduce del 644 Francés, el cual permite á los propietarios servirse de las aguas al pasar por sus propiedades sin necesidad de otra autorizacion.

Todos los Jurisconsultos Franceses, sin excepcion de uno solo, encuentran en la disposicion de dicho artículo 644, la fuente y el origen del derecho privilegiado de los ribereños : por consiguiente la eliminacion de aquella disposicion ó la negativa expresa del permiso que ella les concede, que es lo que importa la prescripcion del citado art. 32 de nuestro Código, valdria tanto para aquellos como la supresion de dicho privilegio.

Sin embargo, lejos Echenique de advertir esto tan claro y tan sencillo, obsecado en sostener sus injustas pretensiones, encuentra precisamente todo lo contrario, y considera la limitacion ó declaracion del artículo 32, dato muy favorable á la conservacion del privilegio de los ribereños y quizá su fundamento ó confirmacion. ¡ Es cuanto se puede decir !

§ 58. El art. 36 prohíbe á los ribereños atravesar con dique todo el rio ó arroyo, ó llevarlo mas allá de la mitad, aunque fuese con permiso de la autoridad. Observa el demandado que de nuestra doctrina se seguiria que esta prohibicion, obligando solo á los ribereños, permitiría á los demás



propietarios obrar de otra manera y practicar aquellos trabajos.

Tal suposicion es muy arbitraria, pues en parte alguna hemos sentado doctrina de la cual se deduzca una consecuencia semejante, y por tanto admitimos sin dificultad que las restricciones de que se trata, comprenden no menos á los no ribereños que á los ribereños; y sobre esta base es que venimos discutiendo.

Yo le observaré á mi vez que si la prohibicion de este artículo á los ribereños, supusiese en ellos el dominio en las aguas corrientes de que se trata; siendo referente, tanto á los arroyos como á los rios, los ribereños resultarían dueños no solo de aquellos, mas tambien de estos, lo que á todas luces es inadmisibile.

§ 59. La misma observacion es aplicable á la prohibicion del art. 35, la cual á suponer en los ribereños el dominio de las aguas de que se ocupa, refiriéndose á los *arroyos y á los rios*, los harían dueños de unos y otros, lo cual es un desatino, contrario no solamente al Derecho Francés, sino tambien á toda Jurisprudencia conocida.

El demandado observa en este punto que para formar represas en los rios y elevar el agua, además del permiso de la Municipalidad, el Código solo requiere el consentimiento de los ribereños, de donde infiere que á ellos solos les reconoce derecho y ellos solos son considerados dueños.

¿Derecho para defender sus propiedades ribereñas oponiéndose á toda empresa que pueda dañarlas? Perfectamente. ¿Dueños los ribereños! ¿De qué? ¿De los rios? Eso no puede ser. ¿De *sus* fincas y establecimientos que pueden ser destruidos por la inundacion? Nada hay que decir.

Si en este caso se consulta únicamente á los ribereños, es porque son tambien los únicos ó por lo menos los principales interesados; y porque se supone con razon, que cuando ellos consientan una medida de esta clase en atencion á que

ningun perjuicio les traeria, mucho menos podria causarlo á los no ribereños.

### XVIII

§ 60. No se contenta Echenique con tratar de armonizar en defensa del privilegio de los ribereños, la ley provincial del 59 con el Derecho Francés, y este con nuestro Código, sino que se avanza hasta decir que esa institucion ha existido siempre, y en todas partes, derivándola, segun parece, como Derecho escrito de las costumbres de Normandía.

Es de todo punto inexacto que el enunciado sistema haya regido siempre y en todas partes. El Derecho Romano consideraba todos los rios del dominio público, con una sola escepcion que nadie ha podido explicar hasta ahora: *flumina pene omnia, pública sunt*, distinguiendo los rios, no por el volúmen de agua sino por su perpetuidad: *quod perenniter fluit*.

En España, nuestra madre patria, las Partidas introdujeron desde muy antiguo en la Legislacion sobre aguas, los mismos principios del Derecho Romano, que la han regido siglos enteros.

En Francia, asegura el Dr. Velez apoyado en la autoridad de Merlin, Prudhon y Foucart, que antes de la publicacion del Código Napoleon, los rios ni aun pequeños, no pertenecieron á los ribereños, como en él se declaró.

En fin, y por lo que respecta á la América, observa tambien asi mismo, que las leyes de Indias que en ella regian, consideraron siempre pertenecientes á la Corona, las tierras no enagenadas, los montes, las minas y las aguas corrientes.

§ 61. ¿Qué tenemos nosotros con las costumbres de Normandía? ¿Hemos sido alguna vez conquistados por los Normandos, ó estos han podido de otro modo comunicarnos







sus costumbres? ; Si se nos hablase mas bien de las costumbres de Cataluña, que al fin era un Principado perteneciente á España, y donde se introdujo primero el considerar toda agua corriente por del dominio público !

; Si se citasen las costumbres de Lombardia y del Piamonte! Nos aproximaríamos al menos al origen de las instituciones que nos rigen sobre irrigacion : refiere en efecto el Dr. Goyena (Concordancias, tom. 1º, pag. 426) que habiéndose observado el estado floreciente de la agricultura en estos Países, se vino en conocimiento de que el progreso era debido á que en ellos se consideraba toda agua corriente, aunque con ciertas reservas, como del dominio público, y á que todo propietario que necesitaba agua para regar, podia conducirla, aunque fuera al través de terrenos ajenos : costumbres que al fin se convirtieron en instituciones, consignándose en los artículos 420 y 622 del Código Sardo.

§ 62. De ellos tomó aquel para su proyecto de Código el principio fundamental que consignó en la materia de irrigacion, á saber el de que todas las aguas corrientes deben ser del dominio público, segun puede verse en el inc. 3º del art. 386 en que declara *pertenecer al Estado los rios aunque no sean navegables.*

Esto no se ha de entender como en el Derecho Francés, de suerte que el uso de los arroyos ó rios no navegables quede reservado exclusivamente á los ribereños, sino segun lo explica el mismo autor en el tom. 1º pag. 426, en el sentido de las cosas *cuyo uso pertenece á todos y la propiedad á ninguno* por no ser susceptibles de propiedad privada.

Allí agrega tambien : « El uso de toda agua corriente para las necesidades comunes de la vida es de Derecho natural, como el aire que se respira ; pero esta misma agua en cuanto sirve á las necesidades de la navegacion, industria, agricultura ú otros usos ligados con el interés público, es pertenencia del Estado ; á su Gobierno toca hacer concesiones y regularlas : bajo este aspecto es una propiedad imprescriptible ó

inalienable, porque es de su esencia el quedar siempre en comun. »

§ 63. Este mismo sistema, como se vé, el mas moderno y adelantado, es el que ha consagrado en el C. C. Argentino su ilustre autor, el Dr. Velez en el inc. 3º art. 30 tit. *de las cosas consideradas en sí mismas*, declarando del Estado *todas las aguas que corren por cauces naturales*; y haciendo todavia el principio mucho mas absoluto que lo es en el proyecto del Dr. Goyena.

Efectivamente este autor despues de proclamar el enunciado principio en general, procuraba templarlo, segun se advierte en el art. 489, que admitia ciertas escepciones respecto al tiempo pasado, para salvar derechos adquiridos por titulo ó prescripcion.

No ha procedido así nuestro Código, segun está de manifiesto, y puede cerciorarse cualquiera que lo revise; pues al aceptar dicho principio, suprime las excepciones, y lo convierte en absoluto; declarando despues para justificar esta y otras muchas disposiciones, que no hay derechos adquiridos contra las leyes de orden público, cuales son sin duda, las que determinan el dominio del Estado y reglan su ejercicio.

La razon filosófica de esta disposicion, despues de mencionar los antecedentes legales y en perfecta consonancia con Goyena, la expresa así el Dr. Velez en su nota al art. 30 citado: « Podemos decir que todos los rios navegables ó nó, son de la mayor importancia por la multitud de usos necesarios á la vida, á la industria y á la agricultura, que pueden hacerse de sus aguas, y que es conveniente á la paz, á los intereses generales, que el Estado sea el único propietario y regulador del uso de ellos. »

§ 64. Entre esos antecedentes no figura por cierto el Código Francés, ni los que lo han seguido, cuya disconformidad con el suyo afirma el mismo Dr. Velez, explicando, al reglar el uso de las aguas en el tit. 6, libro 3º, las prohibicio





nes impuestas tácitamente á todos los propietarios, y de un modo mas expreso y directo á los ribereños.

En la nota á los art. 34 y los que anteceden dice : « Las disposiciones de los artículos anteriores son muy diversas en verdad de las de las leyes romanas y Códigos publicados hasta ahora (escusado es advertir que el Francés estaba publicado ya hacia muchos años), porque en esos Códigos se declara que los rios no navegables pertenecen *á los ribereños ; mientras que en este Código los reconocemos como del dominio comun.* »

No sé en verdad, si el demandado antes de emprender la tarea de demostrar la conformidad de las disposiciones de nuestro Código con las del Francés, ha leído ó nó el contenido de esta nota ; ó si piensa que el Dr. Velez no entendia lo que trataba, haciendo todo lo contrario de lo que se proponia.

De otra suerte, Sr. Juez, ¿ cómo se empeñaria en demostrar la subsistencia del privilegio de los ribereños y su conformidad con nuestro Código, recurriendo á la Jurisprudencia Francesa, despues de oir de boca del mismo Dr. Velez, que su Código se disconforma del Francés y de los que lo siguen, en que estos acuerdan á los ribereños de los arroyos ó rios no navegables, un privilegio que él les niega ? En realidad no se comprende.

§ 65. ¿ A qué citar tantos autores Franceses que naturalmente han escrito con arreglo á su propia Jurisprudencia disconforme con la nuestra sobre los puntos mas fundamentales en la materia que tratamos, y cuyas opiniones por lo mismo lejos de servir á ilustrar la cuestion, contribuirian solo á complicarla y oscurecerla como ha sucedido ?

Podrá disputarse no sin fundamento quizá, sobre la utilidad ó la inconveniencia de las disposiciones de nuestro Código sobre aguas corrientes é irrigacion, pero al menos sus principios son precisos y claros : en todo caso si necesitasen algun esclarecimiento, debe buscarse desde luego en las explicaciones de su propio autor. ¿ Quien podria considerarse



mas autorizado para exponerlos ? ¿Qué opiniones serian mas dignas de respeto ?

En resumen, Sr. Juez, la disposicion contenida en el artículo 26 de la ley provincial de 28 de Agosto del 69, es anterior á la publicacion del Código nacional que no la conserva, y siendo ademas sacada de la Legislacion Francesa, disconforme y contraria á la nuestra en ese punto, no subsiste, pues ha sido derogada.

Con todo, ella ha constituido evidentemente, el principal, sino el único fundamento de la oposicion á mi solicitud sobre la servidumbre de acueducto para regar la estancia de la Candelaria y esa oposicion viene á resultar así inmotivada é injusta : por tanto—

A V. S. suplico : que habiéndome por espedido en el alegato de bien probado, en mérito de lo espuesto y demás favorable resultante de autos, se sirva en definitiva declarar corresponderme el derecho que reclamo, haciendo lugar á la referida solicitud ; y proveyendo en todo, como se contiene en el exordio, que reproduzco por conclusion : es justicia que pido con costas, jurando, etc.