REVISTA FORENSE CHILENA

TOMO II

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

REVISTA FORENSE

CHILENA

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.—CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

FUNDADOR Y DIRECTOR:

ENRIQUE C. LATORRE

COLABORACIÓN
de distinguidos jurisconsultos y abogados

AÑO SEGUNDO

TOMO II

SANTIAGO DE CHILE
IMPRENTA CERVANTES
CALLE DE LA BANDERA, NÚM. 73
1886

208

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO II Santiago, 1.º de junio de 1886 NÚM. 1.º

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Nuestro primer aniversario, por El Director.— Notas editoriales: El Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil; La Real Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación y la Universidad de Chile; El Certamen «Federico Varela»; El Certamen bienal de la Facultad de Leyes.—Una garantía constitucional barrenada por el Código Penal, por O. S.— Explicación del artículo 959 del Código Civil, memoria presentada á la Universidad para optar al grado de licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas, por don Paulino Alfonso. —El reconocimiento de hijo natural hecho por un testamento ¿puede revocarse por otro posterior? por don Fortunato Venegas.— Los actos de comercio en el nuevo Código italiano, por don Moisés Vitalevi.— Revista bibliográfica, por La Dirección.

NUESTRO PRIMER ANIVERSARIO

Empieza hoy para la REVISTA FORENSE CHILENA el segundo año de su existencia.

Un suceso de esta naturaleza es digno de señalarse particularmente en los anales del periodismo nacional.

¡Habían fracasado antes de nosotros tantos y tan meritorios esfuerzos en favor de las publicaciones periódicas del Derecho!

Á la fecha, levantada esta REVISTA á una altura de que nada ni nadie podrá derribarla, mientras cuente con el apoyo de nuestros colegas y de las personas ilustradas en general, quedan satisfechas las aspiraciones de todos los que estimaban necesaria la representación del foro y de las ciencias legales y políticas en la prensa de nuestro país.

Si los primeros pasos dados en este sentido han importado un ensayo más ó menos feliz, sin duda la se-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

gunda parte del camino ha de ser recorrida con más poderosos elementos y mejores seguridades de éxito.

Mantenemos, sin embargo, en toda su extensión el Programa asignado á la publicación, sin más novedades, en el presente año, que un mayor desarrollo á los estudios científicos, mediante la buena voluntad y perseverancia de nuestros ilustrados colaboradores, y un mejoramiento que comunique más interés y provecho, en la sección de jurisprudencia práctica.

Cumplimos con un grato deber expresando á los colaboradores y suscriptores de la REVISTA nuestros más cordiales agradecimientos por su constante y generosa cooperación; y á nuestros colegas de la prensa nacional y extranjera, por el estímulo y aliento que nos han trasmitido en nuestras arduas labores.

Ni nos sería lícito terminar estas líneas sin revelar que estamos dispuestos á no omitir sacrificios por la definitiva consolidación y adelantamiento de la REVISTA, en beneficio de la legislación y jurisprudencia nacionales, y para honra de la patria.

EL DIRECTOR.

NOTAS EDITORIALES

EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. —Uno de nuestros colegas de la prensa diaria ha llamado la atención últimamente al estado de paralización en que se encuentran los trabajos de la Comisión Revisora de este Proyecto.

La causa de él está, como lo nota el colega y como se advertía en 1855 por el Presidente del Senado, don Diego J. Benavente, en la gratuidad de los servicios prestados por los miembros que componen la Comisión.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Es sensible que se persista en este sistema, condenado por la práctica, y que ha contribuido en gran manera á retardar considerablemente la revisión de los Códigos, desde que se iniciaron en Chile los trabajos de la codificación.

Y es tanto más lamentable el atraso en el caso del Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil, cuanto que el doloroso fallecimiento de su redactor, don José Bernardo Lira, priva á la Comisión del contingente de luces que este distinguido jurisconsulto habría llevado á sus difíciles tareas.

La Real Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación y la Universidad de Chile.—En sesión del Consejo de Instrucción Pública de 24 de mayo último, el señor decano de la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas, don José Clemente Fabres, comunicó haber recibido un oficio del cónsul general de Chile en Madrid en el cual se le dice que la Real Academia de Jurisprudencia de Madrid ha acordado establecer relaciones científicas con las sociedades jurídicas establecidas en las repúblicas hispano-americanas, y le remite, por encargo de la Academia, una colección de libros y documentos referentes á ésta.

Habíamos tenido el honor de anunciar este acuerdo en uno de nuestros números anteriores, y celebramos que se haya dado el primer paso en la vía de su cumplimiento.

En retorno, el Consejo acordó enviar á la referida Academia una colección de obras nacionales relativas á legislación y jurisprudencia, y los diez primeros tomos publicados de las *Obras completas* de don Andrés Bello.

«Se acordó por unanimidad,—dice asimismo el acta,—que el señor decano Fabres se sirva contestar, di-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ciendo, á nombre del Consejo de Instrucción Pública, que la Universidad de Chile acepta con el mayor gusto la invitación para cultivar relaciones científicas con la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.»

Á nuestro juicio, no se ha interpretado bien el pensamiento de la Academia invitante tomando ingerencia la Universidad en asunto que es propio de una de las Facultades. La Universidad no es una sociedad jurídica, en el sentido dado á esta expresión por aquella corporación; y el hecho de haberse dirigido el cónsul al señor Fabres, y no al rector ó secretario general de la Universidad, prueba que se quiso establecer esas relaciones con la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas.

El Certamen «Federico Varela».—Tratando de contribuir al recuerdo del aniversario del *Veintiuno de Mayo*, el señor don Federico Varela ha propuesto al Consejo de Instrucción la idea de abrir un certamen literario para el *Dieziocho de Septiembre*, fecha que representa todas las glorias nacionales. Este certamen recaerá sobre los temas fijados por el mismo señor Varela, el cual se compromete á pagar valiosos premios en dinero á las personas cuyas composiciones sean aprobadas.

Plausible sobremanera es una idea como ésta, que tiende á crear estímulos eficaces á los aficionados á las bellas letras y al progreso de la literatura patria.

En la recordada sesión del Consejo se fijaron las reglas de procedimiento para este certamen, entre las cuales figura la de que los trabajos deben entregarse en la oficina de la secretaría general de la Universidad precisamente antes del 1.º del entrante septiembre.

Aunque se ha calificado este certamen como literario, no participa en absoluto de este caracter, pues uno de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

los temas que tiene como premio una suma de dinero, seiscientos pesos, mayor que la de cada uno de los otros, se refiere á una materia de las ciencias que son la especialidad de esta publicación.

Nos referimos al que reza como sigue: *Un estudio sobre el estado en que se encuentra la ciencia política en Chile, y sobre los medios de impulsar su progreso en adelante.*

Dejamos constancia con placer de esta importantísima tesis, y no dudamos que nuestros publicistas y jóvenes escritores se apresurarán á tratar una materia tan interesante y de una trascendencia fundamental en el modo de ser político de la República.

El certamen bienal de la Facultad de Leyes.— Es útil apuntar aquí el tema de este certamen, correspondiente á 1885 y 1886, y que tiene su origen en la ley de 9 de enero de 1879.

Un comentario sobre el título primero del libro tercero del Código Civil: Definiciones y reglas generales de la sucesión por causa de muerte.

Las composiciones que se envíen para este certamen deberán ser entregadas, conforme al artículo 3.º del supremo decreto de 10 de octubre de 1883, al secretario de la Facultad antes del 10 de marzo de 1887.

El premio consiste en mil pesos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL BARRENADA POR EL CÓDIGO PENAL

EL ARTÍCULO 142 DE LA CONSTITUCIÓN Y EL 37 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 37 del Código Penal, declarando lo que debe reputarse pena aflictiva para los efectos legales, establece una regla difícil de justificar en principios y de un alcance y consecuencias en que, á nuestro juicio, no se han fijado sus autores. Al tomar por base, no la naturaleza, sino la duración de las penas, han ido á parar á una clasificación arbitraria; y como no se limitan á clasificar sino que declaran lo que debe entenderse por penas aflictivas para los efectos legales, modifican sustancialmente disposiciones que no son verdaderamente papeles, y lo que es peor, barrenan una garantía de la libertad individual que la Constitución asegura. No conocemos ejemplo de ley común que tan osadamente invada el terreno constitucional como el artículo 37 antes citado, y, por lo mismo, creemos urgente que se corrija, no ya una disposición penal viciosa sino una disposición que, aplicada en su tenor literal, daría en unos casos extremada latitud á inhabilidades que la Constitución establece, y en otros eximiría de ellas á personas culpables de delitos que envilecen y degradan, y lo que es peor, precisaría á poner en prisión á procesados que, según la Constitución, tenían derecho á quedar en libertad. Nos fijaremos particularmente en este último vicio que reputamos capital.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El artículo 142 de la Constitución establece que, afianzada suficientemente la persona ó el saneamiento de la acción en la forma que, según la naturaleza de los casos, determine la ley, no debe ser preso ni embargado el que no es responsable á pena aflictiva ó infamante. No debe ser preso el que no es responsable á pena aflictiva ó infamante, dice el artículo; prohibe que se le ponga preso, si rinde fianza suficiente; se le da derecho de permanecer en libertad cumpliendo con esa condición. La calidad de aflictiva de la pena, que sirve de base á esta disposición constitucional, sirve también de base á la regla que establece la ley 16, tít. 1.º, partida 7.ª, según la cual no puede el juez conceder la libertad al acusado de delito por que deba recibir muerte, perdimiento de miembro ú otra pena en el cuerpo, es decir, aflictiva. Sea, pues, que se tenga presente la regla que establece el artículo 142 ó la que prohibe excarcelar bajo de fianza al procesado por delito que merezca pena aflictiva, evidente es que quien tenga facultad de declarar lo que debe entenderse por pena aflictiva es árbitro de extender ó reducir el número de casos en que, en conformidad á la Constitución, debiera ó no otorgarse á los procesados la libertad bajo de fianza.

De dudar es que al dictar este artículo se haya tenido presente que él iba á modificar una disposición constitucional y á menguar una garantía á la libertad personal que la Constitución asegura. Sin embargo, si se prescinde de este alcance del artículo 37, no hay razón, no ya que justifique, sino que explique la innovación que en la legislación se introduce. Él no salva duda que, bajo el imperio de la legislación anterior, existiese acerca de la verdadera inteligencia de las palabras *pena aflictiva*. En el uso común como en el de las leyes se empleaban en su sentido propio y en conformidad al Diccionario de la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Lengua, para significar la pena que aflige al cuerpo, como la de muerte, azote, etc.

El Legislador puede sin duda determinar el sentido en que emplea ciertas palabras, apartándose del que les da el uso común, cuando sea necesario para dar claridad y precisión á principios ó reglas que establece ó para sujetar á una regla común hechos que difieren entre sí, y determinar atribuciones de autoridades. Cuando un fin de esa clase se persigue, es excusable una clasificación que se aparta de la lógica. Sin una consideración de esa importancia, el Legislador debe huir de esas clasificaciones arbitrarias que pugnan con la buena razón y, que lejos de dar claridad, introducen confusión.

Tal es la clasificación que en el artículo 37 se establece. Uno no se explica cómo figuran en una misma categoría hechos que sólo tienen de común el ser penas y todavía menos que la misma pena sea aflictiva ó deje de serlo, según el tiempo que dure.

Para hacer notar lo arbitrario de la clasificación del artículo 37, apliquemos su disposición á las penas que el Código reconoce. Según el artículo 37, son penas aflictivas todas las penas de crímenes, y según el artículo 21 son penas de crímenes la muerte, el presidio, la reclusión, la relegación perpetua ó en su grado mayor, confinamiento, extrañamiento y relegación mayores, la inhabilitación perpetua ó temporal para cargos y oficios públicos y profesiones titulares.

¿Qué es lo que hay de común en estas diferentes penas, para calificarlas todas de aflictivas? Comprendemos que la muerte, el presidio y aun la reclusión puedan calificarse de aflictivas porque, atendida la forma en que esta última se cumple, no se puede negar que produce un sufrimiento que da mérito para ello. Mas calificar de aflictivas la relegación, el confinamiento y el extra-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ñamiento es abusar de la libertad que tiene el Legislador para fijar el sentido de las palabras. Si esas penas obligan á vivir fuera del país ó en punto determinado, no imponen sufrimiento que afecte directamente á la persona ni menos al cuerpo. Pero resalta más lo arbitrario de la clasificación cuando se advierte que son penas aflictivas la inhabilitación absoluta ó especial, perpetua ó temporal para cargos y oficios públicos y profesiones titulares que el artículo 21 señala como penas de crímenes.

No se comprende cuál es el sufrimiento que estas penas imponen y que se ha tenido presente al clasificarlas de aflictivas: si es por cuanto inhabilitan para ejercer cargos y profesiones, y privan de medios para ganar la subsistencia, por esta razón debió de calificarse de aflictiva la multa.

De las penas de delitos son aflictivas, según el artículo 37, las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación en su grado máximo, es decir, de 3 años y 1 día á 5 años. Fuera de la observación general que hemos hecho á las penas de crímenes y que se aplica también á las penas de delitos, se presta esta clasificación á otro mucho más grave, y es que las mismas penas cambian de condición según el tiempo que duran. El presidio, por ejemplo, que es pena aflictiva aplicada á crimen ó delito, deja de serlo si sólo dura 3 años. ¿Cómo explicar esta clasificación en que un día de diferencia entre la duración de la pena la hace cambiar de naturaleza? El presidio de 3 años y 1 día es pena aflictiva y el presidio por 3 años ó menos no lo es. ¿Qué razón hay para calificar de aflictiva la pena en el primer caso y no en el segundo? El presidio que sujeta á trabajo forzado impone sufrimientos corporales, aflige al cuerpo, como suele decirse; mas, según el Código, no llegando á 3 años no aflige al cuerpo, no impone su-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

frimiento corporal. Tal aberración no se discute, se muestra.

La pena de azotes, restablecida después de dictado el Código, deberá ajustarse á lo dispuesto en el artículo 37 y, aplicando el principio ó el espíritu que en dicho artículo domina, llegaremos todavía á consecuencias más monstruosas. El azote, como pena de crimen, será pena aflictiva: mas el azote, como pena de delito, no lo será. Tendríamos entonces que una pena esencialmente aflictiva no lo es cuando se aplica en un número que no corresponda á pena de crimen.

Si se nos dijera que el Código no enumera la pena de azotes, diríamos, sin embargo, que establece reglas generales y que deben aplicarse á toda pena. Además, la ley que restableció el azote manda aplicar 50 por cada seis meses de presidio. Según esta base, el reo de simple delito condenado á la pena de presidio por menos de 3 años y más de 6 meses y al cual se le aplicarían 100 azotes, como la ley lo ha establecido, no sufriría pena aflictiva.

No son menos curiosos los resultados á que se llega cuando se toma en cuenta la aplicación de la regla que nos ocupa para conceder ó negar al reo la libertad bajo de fianza.

La prisión preventiva sólo se justifica por la necesidad imperiosa de asegurar la acción de la justicia, y cuando esta necesidad imperiosa no existe, es una vejación innecesaria, un abuso del poder social. Tratándose de penas que no se ve bastante interés en eludir, y de delitos que no revelan ni perversidad ni degradación moral en los culpables, la regla general de todas las legislaciones es no decretar prisión contra el procesado, ó dejarlo en libertad bajo de fianza. Mas, según lo dispuesto en el artículo 37, no sólo no sucede esto, sino que sucede con frecuencia lo contrario.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Penas de crímenes y, por consiguiente, aflictivas son la inhabilitación perpetua ó temporal para cargos y oficios públicos, sea absoluta ó especial. Todos los procesados por delito que el Código pena con alguna de estas inhabilitaciones, no sólo no tienen derecho á permanecer en libertad, sino que no pueden ser puestos en libertad ni aún bajo de fianza, porque, según el artículo 37, esas penas son aflictivas. Condenados á sufrir una de estas penas, deben ser puestos en libertad, y sin embargo para sumariarlos, para investigar si son ó no culpables ó inocentes, como bien pudieran serlo, se les pone en prisión. Se les sujeta á mayor sufrimiento cuando está en duda si son ó no inocentes que cuando se les ha declarado realmente culpables.

Para ver lo que esto importa, fijémonos en algunos de los artículos del Código que esas penas señalan. Los artículos 134 y 135 penan con inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos al empleado público que, debiendo resistir una sublevación por su oficio, no lo hubiere hecho por todos los medios que estuvieran á su alcance, ó á los empleados que continuasen funcionando bajo las órdenes de los sublevados, ó á los que, sin haberles admitido la renuncia, hubieren abandonado su empleo cuando haya peligro de alzamiento. Evidente es que, para asegurar el cumplimiento de la sentencia, no era necesario mantener al procesado en prisión. Por regla general, y ésta es la única guía que puede tener la ley, estos delitos, si revelan debilidad de carácter, cobardía ó una transacción indecorosa con las circunstancias, no revelan ni perversidad ni degradación de carácter. Faltan, pues, en estos casos las condiciones que podían justificar la prisión preventiva, y sin embargo lo dispuesto en el artículo 37 y el precepto legal que impide poner en libertad bajo de fianza al procesado por

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

delito que merezca pena aflictiva, se opondrían á que se les dejase en libertad, no obstante que la prisión fuese absolutamente innecesaria para los efectos de la justicia.

Las mismas observaciones cabe hacer por los delitos que penan los artículos 235 y 252. En todos estos casos se impone la pena de inhabilitación especial por delitos que no reunen ninguno de los caracteres que hacen explicable y justifican la prisión preventiva.

Lo dispuesto en el artículo 37 que obliga á medidas tan severas respecto de los culpables de los delitos que acabamos de enumerar, da derecho á permanecer en libertad á los procesados por delitos que revelan perversidad y degradación moral, y cuando la pena es de tal naturaleza que hay sobrado motivo para tener por cierto que se hará lo posible por evitar que se cumpla. El artículo 436 pena el robo ejecutado con violencia ó intimidación en las personas, cuando el importe de las cosas robadas no excede de 50 pesos, con presidio menor en su grado mínimo á medio; el artículo 443 pena el robo en lugar no habitado, si el importe de lo robado no excede de 50 pesos, con presidio menor en su grado medio; y el artículo 446 señala la pena de presidio menor en su grado medio al hurto que no pase de 500 pesos. En todos estos casos el presidio, que lleva la condición de trabajos forzados, impone sufrimientos corporales, pero como no llega á tres años y un día, no es pena aflictiva, y los procesados por estos delitos tienen derecho á permanecer en libertad bajo de fianza.

Cuando uno ve estos resultados á que conduce lo dispuesto en el artículo 37, no se explica que al ladrón y aun al culpable de robo se le conceda el derecho de quedar en libertad bajo de fianza, y que este mismo derecho se niegue á los culpables de los otros delitos de que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

hemos hablado arriba. Se comprende todavía menos que se haya creído necesaria la prisión preventiva para asegurar el cumplimiento de la sentencia que condena á inhabilitación perpetua ó temporal, y que no se haya creído necesaria para asegurar el cumplimiento de la sentencia que condena á presidio hasta por tres años.

La conclusión á que las consideraciones expuestas conducen, es que debe derogarse el artículo 37 del Código Penal.

No hay en todo el Código disposición alguna que á la clasificación de penas que en ese artículo se establece se refiera, ni en que haya sido necesario tenerla presente. La derogación ó supresión no afecta ni al conjunto ni ninguna de sus partes. Ese artículo no tiene objeto útil y esto bastaría para suprimirlo ó derogarlo.

O. S.

EXPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 959 DEL CÓDIGO CIVIL

MEMORIA PRESENTADA Á LA UNIVERSIDAD PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN LA FACULTAD DE LEYES Y CIENCIAS POLÍTICAS (1).

Art. 959

"*En toda sucesión por causa de muerte, para llevar á efecto las disposiciones del difunto ó de la ley, se deducirán del acervo ó masa de bienes que el difunto ha dejado, inclusos los créditos hereditarios,*

1.º Las costas de publicación del testamento, si lo hu-

(1) La Comisión Examinadora acordó la publicación de esta memoria en los *Anales de la Universidad*.—N. DEL D.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

biere, y las demás anexas á la apertura de la sucesión;

2.º Las deudas hereditarias;

3.º Los impuestos fiscales que gravaren toda la masa hereditaria;

4.º Las asignaciones alimenticias forzosas;

5.º La porción conyugal á que hubiere lugar, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos.

El resto es el **acervo líquido** *de que dispone el testador ó la ley.*»

Inc. 1.º. Dice este inciso: «En *toda* sucesión por causa de muerte...», y á este respecto es de observar que, precisamente porque el Código pasa á establecer reglas generales, ó sea aplicables á toda sucesión, cualesquiera que sean su naturaleza, y la calidad de los asignatarios, han sido aquéllas colocadas en el título I, del libro III, cuyo encabezamiento es, como se sabe, el de *Definiciones y Reglas Generales.* Más tarde, va el Código á establecer otras reglas cuya observancia también se requiere para proceder á la distribución de la herencia entre los asignatarios; pero como esas reglas son sólo aplicables á ciertos casos determinados, no ha podido colocárselas en el presente título, sino en aquellas partes del Código en que de dichos casos se trata.

Por otra parte, que el Legislador diga en este inciso que las deducciones de la masa de bienes hereditarios de que en seguida pasa á hablar, se hacen *para llevar á efecto* las disposiciones del difunto ó de la ley, no obsta, en manera alguna, á que en los casos á que en el párrafo precedente nos referímos, sea también preciso, para llevar á efecto dichas disposiciones, observar las reglas especiales que para ellos prevenga la ley.

En la expresión «el acervo ó masa de bienes que el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

difunto ha dejado», se comprenden los bienes que el difunto tenía en su poder al morir, antes de hacérseles las deducciones que enumera este artículo, y las acumulaciones de que tratan los artículos 1185, 1186 y 1187.

En cuanto se relaciona con las deducciones, la proposición que acabamos de establecer es evidente, y no necesita demostrarse; no así en cuanto se relaciona con las acumulaciones, pues creen algunos, y entre otros, el respetable y malogrado jurisconsulto don José Bernardo Lira, en su *Prontuario de los Juicios*, que tales acumulaciones deben considerarse incluidas en la expresión antedicha. Conceptuamos errónea esta opinión: 1.° porque es inverosímil que el Legislador sobreentienda en este inciso acumulaciones que no ha ordenado todavía, y de que sólo va á tenerse noticia en el párrafo *De las Legítimas y Mejoras*; 2.° porque las disposiciones de este artículo deben aplicarse *en toda sucesión por causa de muerte*, y las acumulaciones sólo pueden tener lugar en ciertas sucesiones determinadas; 3.° porque la disposición que estudiamos habla del «acervo ó masa de *bienes*,» y todas las acumulaciones prescritas por el Código, salvo la dispuesta por el art. 1187, son meramente numéricas ó imaginarias; 4.° porque se trata aquí de los bienes que el difunto *ha dejado*, y entre éstos no se comprenden muchos de los bienes acumulables; 5.° porque si el Legislador consideró necesario, ó, por lo menos, conveniente, especificar en este inciso que en el acervo ó masa de bienes deben incluirse los créditos hereditarios, con mayor razón habría debido decir otro tanto respecto de los referidos bienes; 6.° porque las acumulaciones deben hacerse al *acervo líquido*, como expresamente se prescribe respecto de aquéllas de que trata el art. 1185, y como claramente se deduce del Código, respecto de las demás, ya que, no especificando el Legislador en los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

artículos 1186 y 1187 el acervo á que se refiere, es lógico suponer que éste sea el acervo líquido de que acaba de hablarse en el artículo anterior, á lo que se agrega que sería absurdo que unas acumulaciones hubieran de hacerse á un acervo, y otras á un acervo diverso, sin razón alguna que justificase esta diferencia; 7.º porque en este punto fué especialmente modificada la doctrina del Proyecto de Código de 1853, que, en su art. 1546, preceptuaba que debían agregarse imaginariamente á la *masa, acervo, ó cuerpo de bienes* las donaciones revocables ó irrevocables otorgadas por escritura pública, é imputables á legítimas, y que, sólo posteriormente, pudieran hacerse las deducciones en aquel mismo artículo enumeradas.

1.º Los demás gastos anexos á la apertura de la sucesión serán los originados por la guarda y aposición de sellos, á que se refiere el art. 1222, y por el inventario que se haga de los bienes de la herencia, gastos que el art. 1224 dispone que gravarán los bienes todos de la sucesión, á menos que determinadamente recaigan sobre una parte de ellos, en cuyo caso gravarán esa sola parte. Inútil casi parece agregar que en la última de las situaciones contempladas, no constituyen deducciones de la masa los gastos de que hablamos, porque las deducciones, como que son hechas antes de la distribución de los bienes hereditarios, no afectan determinadamente á ciertos bienes, sino en general, á todos ellos.

Las costas de la publicación del testamento, y las demás anexas á la apertura de la sucesión, constituyen una deducción de la masa de bienes hereditarios, porque son gastos hechos en el interés general de los interesados en la herencia, y no habría motivo alguno de lógica ni equidad para que fueran soportados exclusivamente por uno ó más de los asignatarios, y no por todos. Confirma esta

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

apreciación lo que en el párrafo precedente dijimos acerca de que los gastos de guarda y aposición de sellos, é inventario, cuando se refieren á bienes determinados, no constituyen una deducción de la masa, sino que deben cargarse á las personas á quienes correspondan los bienes que los originan.

2.º Llámanse *deudas hereditarias* aquéllas que habrían podido hacerse valer contra el causante de la sucesión, y que, por el hecho de su fallecimiento, pueden hacerse valer contra los herederos.

Las deudas hereditarias han sido constituidas en deducción de la masa, porque ellas disminuyen el patrimonio de la sucesión en la misma cantidad á que ascienden, en tales términos que no pueden conceptuarse bienes de la herencia los necesarios para satisfacerlas. Esos bienes, es cierto, están materialmente en el patrimonio del causante de la sucesión, pero, en realidad, pertenecen á otras personas; de la misma manera que los bienes que se necesiten para satisfacer los créditos hereditarios deben considerarse como parte de la herencia del difunto, aún cuando materialmente no se encuentren incorporados en ella.

Por lo demás, si todos los asignatarios derivan sus derechos del mismo causante, y si las deudas de que se trata pertenecían á este último, lógico es que aquéllos sean afectados generalmente por su pago, y á esto provee el constituirlas una deducción de la masa de bienes hereditarios. No se opone, por otra parte, á lo que decimos la circunstancia particular de que á los legatarios de cosa ó cantidad determinada no afecte la disminución producida en el acervo por el pago de las deudas hereditarias.

Á estarnos á la doctrina por el Código sustentada en los títulos I y V del Libro III, las deudas hereditarias

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no pueden satisfacerse con los bienes acumulables: 1.º porque debiendo hacerse las acumulaciones *al acervo líquido*, es claro que ellas no pueden relacionarse con las deducciones necesarias para llegar á la formación de dicho acervo; 2.º porque las acumulaciones de que trata el artículo 1,185 se hacen para el solo efecto de computar las cuartas á que se refiere el artículo 1,184, y las acumulaciones de que tratan los artículos 1,186 y 1,187 tienen sólo por objeto, respectivamente, la computación de las legítimas ó mejoras, ó el integro efectivo de aquéllas ó éstas; 3.º porque todas las acumulaciones, salvo la del artículo 1,187, son meramente numéricas ó imaginarias.

Estudiemos ahora el aserto que acabamos de justificar con relación á cada una de las clases de bienes acumulables.

En primer lugar, él aparece manifiestamente absurdo en cuanto á los bienes donados revocablemente en razón de legítimas ó mejoras, porque no perfeccionándose las donaciones respectivas sino en la fecha de la muerte del donante, es indiscutible que dichos bienes forman parte del patrimonio del difunto, á la época de la apertura de la sucesión, y dada esta circunstancia, no se divisa motivo alguno para exonerarles de contribuir al pago de las deudas hereditarias. Y el grave defecto que hacemos notar procede radicalmente de que el Código haya atribuido á los bienes de que hablamos el carácter de acumulaciones al acervo líquido, siendo así que habría debido comprenderlos en el primitivo acervo ó masa de bienes hereditarios, de que habla el primer inciso de este artículo. Corrobora nuestro dictamen la circunstancia de que no tengan el carácter de acumulaciones al acervo líquido las donaciones revocables hechas á extraños, siendo casi supérfluo agregar que ellas se encuentran, á

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

este respecto, en el mismo pie que las donaciones revocables hechas en razón de legítimas ó mejoras.

En segundo lugar, la proposición de que las deudas hereditarias no pueden pagarse con los bienes acumulables, es lógica en cuanto á los bienes donados irrevocablemente en razón de legítimas ó mejoras, porque, habiéndose perfeccionado las donaciones respectivas á la fecha en que se efectuaron, es claro que tales bienes no forman parte del patrimonio del difunto. Bien entendido que, cuando dichas donaciones hayan sido hechas en fraude de los acreedores, pueden éstos rescindirlas, poniendo en ejercicio la acción que á este efecto les concede el artículo 2,468 del Código.

Tratemos ahora de lo que se relaciona en esta materia con las deducciones de la porción conyugal. Llámanse así los bienes propios del cónyuge sobreviviente que se toman en cuenta para determinar la cuantía de la porción conyugal complementaria (1).

Nada más puesto en razón que estos bienes estén, por lo general, exentos de contribuir al pago de las

(1) La porción conyugal puede ser *íntegra ó complementaria*: es íntegra, cuando el cónyuge sobreviviente no tiene bienes de ninguna clase; es complementaria, cuando tiene algunos bienes, y debe entonces su calificativo de tal al hecho de ser sólo constituida por el *complemento* necesario para que el cónyuge sobreviviente tenga tantos bienes como los que le corresponderían por porción conyugal íntegra. Ahora bien, como en el segundo de los casos referidos, para calcular la cuantía de la porción conyugal, es necesario *deducir* de la suma que en el primero habría constituido la porción conyugal íntegra, el valor de los bienes propios del cónyuge sobreviviente, de aquí el que estos bienes se llamen *deducciones* de la porción conyugal. Como se ve, el sentido de la palabra *deducciones* en esta materia nada tiene de común con el que le hemos atribuido en el comentario del artículo que estudiamos; siendo de advertir que, tan lejos están ambos sentidos de confundirse, que las deducciones de la porción conyugal, no sólo no pueden ser deducciones de la masa de bienes hereditarios, sino que pueden llegar á ser acumulaciones á la misma masa.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

deudas hereditarias; pero no puede decirse especialmente lo mismo de los bienes á que el cónyuge sobreviviente tenga derecho, á título de herencia ó legado en la sucesión del otro cónyuge, los cuales también se incluyen entre las deducciones de la porción conyugal, porque ellos forman parte de la herencia del difunto, y de la misma manera que los donados revocablemente en razón de legítimas ó mejoras, debieran haberse incluido por el Legislador en el primitivo acervo ó masa de bienes hereditarios.

Entiéndase, por otra parte, que lo dicho sobre que los bienes en que consisten las deducciones de la porción conyugal deben exonerarse, generalmente hablando, de contribuir al pago de las deudas, no obsta, en manera alguna, á que, antes de llegar á computarse esa porción, puedan ser responsables á dicho pago, en conformidad á las disposiciones respectivas del Código, los bienes que, á título de aportes ó gananciales, hayan correspondido al cónyuge sobreviviente, operada la liquidación de la sociedad conyugal.

Por último, en cuanto á las acumulaciones prescritas por los artículos 1,186 y 1,187, decimos algo análogo á lo dicho más arriba, en orden á los bienes donados irrevocablemente en razón de legítimas ó mejoras.

En el Proyecto definitivo de Código, ó sea, en el aprobado por el Congreso Nacional, se contenía en este artículo, antes de la enunciación de las deudas hereditarias, la de las costas del entierro del difunto, tasadas, si necesario fuere, por el juez. Ahora bien, habiendo sido suprimida del Proyecto la disposición respectiva, ¿qué debe decirse actualmente en nuestro Derecho sobre si los gastos referidos constituyen ó nó deducciones del primitivo acervo ó masa de bienes hereditarios?

Sostienen algunos que ellos deben reputarse deduccio-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nes, alegando que el único texto legal es el del Proyecto definitivo, y que, en la interpretación del Código, se debe prescindir por completo de las modificaciones que en aquél hayan podido introducirse después de su aprobación por el Congreso Nacional. Nosotros creemos que, felizmente, no hay lugar á debatir en este caso la dificultad constitucional insinuada, porque el hecho de haberse suprimido el antiguo número 2.º del artículo 959, no importa, á nuestro juicio, una modificación de la doctrina del Código en la materia que nos ocupa.

En efecto, incluyendo el artículo 2,472, del título *De la Prelación de Créditos*, las expensas funerales necesarias del deudor difunto entre los créditos que pueden hacerse valer contra la sucesión, es claro que no hay inconveniente alguno para atribuir, en general, á los gastos de entierro el carácter de deudas hereditarias, y comprenderlos como tales, en la disposición del número 2.º de este artículo.

No negaremos que los gastos de entierro del difunto, como necesariamente ocurridos después de su fallecimiento, no merecen, en rigor, el calificativo de *deudas hereditarias;* pero, en la práctica, han podido y debido asimilarse á estas últimas, porque esos gastos son hechos con ocasión de la persona del causante, y es justo, en consecuencia, colocar á los respectivos acreedores, en lo tocante á la satisfacción de sus créditos, en la misma situación que los acreedores hereditarios propiamente dichos. Y todavía es de observar, á este respecto, el lugar distinguido que el antecitado artículo 2,472 otorga á las expensas funerales necesarias del deudor difunto, asignándoles el segundo lugar entre los créditos de la primera clase, y prefiriéndolas aun á los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor.

Puede también hacerse valer en esta materia un ar-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

gumento derivado de la historia fidedigna del establecimiento de la ley. El artículo 1,346 del Proyecto de Código, presentado á la Comisión Revisora, en el que se contenía una enumeración análoga á la del presente artículo, dice en su número 1.º: «Las deudas hereditarias, incluso los gastos de la última enfermedad *y del entierro del difunto*, tasados, si necesario fuere, por el juez.» Si, pues, consta que el Legislador había primitivamente incluido los susodichos gastos entre las deudas hereditarias, no es aventurado suponer que á esta misma idea obedeciera la supresión del número 2.º del artículo 959 del Proyecto definitivo, que da lugar á la cuestión que debatimos.

Confírmase la misma doctrina con la circunstancia de que no pueda hacerse valer entre nosotros la razón que indujo al Derecho Español, á establecer que los gastos de que se trata debieran salir, no de la masa de bienes, jeneralmente considerada, sino de la parte de libre disposición, cual es el boato exhorbitante que acostumbraba desplegarse en los funerales, con perjuicio de los herederos, y sólo por satisfacer una vana preocupación. Y si, por otra parte, como antes se ha dicho, los gastos de entierro son hechos con ocasión de la persona del difunto, de la cual derivan sus derechos todos los asignatarios, ¿qué más lógico que aquéllos pesen uniformemente sobre estos últimos?

En lo que respecta á la cuantía de las expensas funerales que hayan de deducirse de la masa de bienes de la herencia, ella deberá ser la prudencialmente necesaria, atendidas la posición social, y las circunstancias del individuo, y las fuerzas de su patrimonio; pero, en el caso de que el testador deje prescritas en su testamento las solemnidades de su entierro, deberán deducirse de dicha masa los gastos necesarios para cumplir en esta parte sus últimas voluntades.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Y no podría sostenerse que la deducción de que hablamos debe ser sólo constituida por las expensas funerales *necesarias* del difunto, á que se refiere el número 2.º del artículo 2,472, pues no se trata aquí de los gastos de entierro de un individuo que haya fallecido insolvente, sino, en general, de los gastos de entierro de todas las personas cuyo fallecimiento dé lugar á la sucesión por causa de muerte.

3.º Ha establecido el Código que los impuestos fiscales que gravaren toda la masa constituyan una deducción del acervo que el difunto ha dejado, con el pensamiento de que graven precisamente esa masa, y venga de este modo á realizarse en la práctica el objeto de su institución.

En virtud de los dos primeros argumentos que antes expusimos para justificar que las deudas hereditarias no pueden satisfacerse con los bienes acumulables, estableceremos ahora que las acumulaciones no pueden tomarse en cuenta para la computación de los impuestos fiscales que gravan toda la masa.

Desde luego, se ve claramente que esta conclusión es absurda en cuanto á las donaciones revocables hechas en razón de legítimas ó mejoras, y á las deducciones de la porción conyugal, que consistan en los bienes á que el cónyuge sobreviviente tenga derecho á título de herencia ó legado en la sucesión del otro cónyuge, porque, como se dijo al tratar de las deudas hereditarias, las dos clases de bienes á que nos referimos forman parte de la herencia del difunto, y, por consiguiente, no hay motivo para exonerarlas de contribuir al pago de los impuestos fiscales que gravan toda la masa. Y se habrían evitado las consecuencias inadmisibles que hacemos notar, si, como también lo insinuamos en el comentario del número anterior, no hubiera atribuido el Código á los bienes

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de que se trata el carácter de acumulaciones al acervo líquido, carácter que propiamente no les corresponde.

En lo que toca á las donaciones irrevocables hechas en razón de legítimas ó mejoras, y á las deducciones de la porción conyugal que consistan en otros bienes que en aquéllos á que el cónyuge sobreviviente tenga derecho á título de herencia ó legado en la sucesión del otro cónyuge, es lógico que no se tomen en cuenta para computar los impuestos fiscales que gravan toda la masa, porque los bienes respectivos no forman parte de la herencia del difunto, y, si es cierto que deben acumularse al acervo líquido, no lo es menos que esta acumulación es meramente numérica ó imaginaria, y sólo sirve para el efecto de la computación de ciertas asignaciones hereditarias.

Algo análogo decimos respecto de las sumas acumulables á que se refiere el artículo 1186; mas no así respecto de aquéllas á que se refiere el artículo 1187, porque la acumulación de estas últimas al acervo líquido, no es sólo numérica ó imaginaria, sino real y efectiva. Adviértase, sin embargo, que en el sistema actual del Código, no podrían dichas sumas tomarse en cuenta para la computación de los impuestos fiscales que gravan toda la masa, porque ellas no forman ni deben formar parte del primitivo acervo ó masa de bienes hereditarios.

Á la fecha de promulgarse el Código, existía un impuesto fiscal sobre toda la masa asignado al fondo de Instrucción Pública, que se cobraba sólo en el evento de exceder de 1,000 pesos los bienes hereditarios, y cuyo monto ascendia á 6 pesos en la sucesión testada, y á 12 ó 50, respectivamente, en la intestada, según se tratara del orden de sucesión de los descendientes ó ascendientes, ó del orden de sucesión de los colaterales. Véanse el senado-consulto de 30 de marzo de 1819 (Boletín de Zen-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

teno, pág. 547), y el decreto de 16 de enero de 1836 (Bol. lib. 7, núm. 11). Este impuesto ha cesado de percibirse desde que comenzó á regir la ley de contribución de herencias y donaciones entre vivos, de 28 de noviembre de 1878, no por haber sido expresamente suprimida por ésta ni por ninguna otra ley, sino por haber dejado de incluirse en la nomenclatura de la ley periódica que, conforme al precepto constitucional, autoriza el cobro de las contribuciones existentes; de manera que en la actualidad sólo tenemos, de acuerdo con lo prevenido por aquella ley, impuestos fiscales que gravan determinadamente ciertas asignaciones hereditarias. Y este sistema parece preferible al de impuestos fiscales sobre toda la masa, porque conviene exonerar en absoluto á algunas asignaciones de todo pago de impuesto, y establecer entre otras cierta gradación dependiente de sus especiales y características circunstancias.

4.° Llámanse *asignaciones alimenticias forzosas* aquellas asignaciones de alimentos que el testador es obligado á hacer á ciertas personas, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de las disposiciones testamentarias expresas.

Ahora bien, no pueden satisfacerse los alimentos que el difunto ha debido por ley á ciertas personas, sino separando desde luego de la masa de bienes hereditarios una suma alzada que reditúe periódicamente las pensiones alimenticias, ó imponiendo á uno ó más de los asignatarios por causa de muerte la obligación de satisfacer dichas pensiones, obligación que puede proceder, ya del testador, ya de libre acuerdo entre los asignatarios.

Si las asignaciones alimenticias forzosas hubieran de satisfacerse en la primera de las formas enunciadas, no habría ningún inconveniente en que la suma necesaria para satisfacerlas se reputara deducción del primitivo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

acervo ó masa de bienes hereditarios; más aún, ello no podría ser de otra manera, pues, en tal caso, el descuento de la suma de que se trata debe afectar generalmente á todos los asignatarios por causa de muerte.

Pero, si las asignaciones alimenticias, por disposición del testador, ó convenio entre los asignatarios, hubieran de ser satisfechas por uno ó más de estos últimos, entonces no pueden ser materia de una deducción del acervo: 1.° porque es imposible calcular anticipadamente cuál va á ser el monto total de las asignaciones alimenticias, y 2.° porque, de lo contrario, el pago de las mismas gravaría, no sólo á uno ó más asignatarios determinados, sino, en general, á todos ellos.

A semejanza de lo que antes dijimos acerca de las deudas hereditarias, y por los mismos motivos, las asignaciones alimenticias forzosas no pueden satisfacerse con los bienes acumulables.

Esta conclusión es absurda é ilógica en cuanto á las donaciones revocables hechas en razón de legítimas ó mejoras, y á las deducciones de la porción conyugal, que consistan en los bienes á que el cónyuge sobreviviente tenga derecho á título de herencia ó legado en la sucesión del otro cónyuge. En lo que respecta á la acumulación efectiva prescrita por el artículo 1187, cabe observar que, en rigor, habría podido también instituirse en beneficio de las asignaciones alimenticias forzosas. Justo es, sin embargo, reconocer la improbabilidad de que llegue á ocurrir en la práctica el caso en que hubiera sido necesario echar mano de este recurso para satisfacer las antedichas asignaciones.

5.° Entiéndese por *porción conyugal* aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La porción conyugal, en el orden de sucesión de los descendientes legítimos, es compuesta por la legítima rigorosa de un hijo, ó sea, por el cuociente que resulte de dividir la mitad legitimaria por una cantidad que represente el número de los legitimarios descendientes legítimos y del cónyuge sobreviviente; y en los demás órdenes de sucesión, es compuesta por la cuarta parte de los bienes de la persona difunta.

Pues bien, vamos á estudiar la disposición del Código que prescribe que, en el segundo de estos casos, la porción conyugal constituya una deducción del primitivo acervo ó masa de bienes hereditarios.

Desde luego, observaremos que siendo la porción conyugal una asignación hereditaria como cualquiera otra, en caso alguno podría corresponderle, propia y filosóficamente, la calidad de deducción de la masa hereditaria. Se dirá tal vez que la porción conyugal ofrece la circunstancia especial de ser asignación forzosa; pero, á esto replicamos: 1.º que tal circunstancia no la desnaturaliza, ni le quita su carácter de asignación hereditaria; y 2.º que si el hecho de ser asignación forzosa la porción conyugal en los órdenes de sucesión á que se refiere este número, justificara su inclusión entre las deducciones, con el mismo título debería figurar entre estas últimas la porción conyugal en el orden de sucesión de los descendientes legítimos, y las demás asignaciones forzosas, lo que es inadmisible, y podría conducir al absurdo de que las deducciones casi aniquilaran la masa de bienes de la herencia.

Pero si no existe motivo alguno que intrínsecamente justifique la disposición de este número, no por eso podemos establecer que ella sea de todo punto caprichosa y arbitraria. No, el Legislador se ha propuesto al dictarla que, cuando la porción conyugal tenga lugar en cual-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

quier orden de sucesión que no sea el de los descendientes legítimos, se deduzca de la masa de bienes hereditarios antes que las demás asignaciones, por causa de muerte lo que es perfectamente lógico, porque entonces la porción conyugal debe ser compuesta de la cuarta parte de *todos* los bienes del difunto.

Empero, el que acabamos de indicar no debió ser un motivo bastante para que el Legislador atribuyera á la porción conyugal en los órdenes de sucesión que no son de descendientes legítimos, el falso carácter de deducción de la masa hereditaria, tanto más cuanto que ello, por una parte, no era necesario para obtener el fin más arriba indicado, y, por otra, daba margen á las funestas y gravísimas consecuencias prácticas en que luego habremos de ocuparnos.

Y con este motivo se nos hace ya preciso establecer que, de la misma manera que los impuestos fiscales que gravan toda la masa, y por las mismas razones, la porción conyugal, en los casos en que es una deducción de aquélla, no puede computarse tomando en cuenta los bienes acumulables.

Contribuyen á confirmar esta proposición las consideraciones siguientes: 1.ª la de que, no habiendo el Código dispuesto que las acumulaciones tengan lugar en toda sucesión por causa de muerte, no puede darse lugar á ellas sino en los casos expresamente previstos por la ley; 2.ª la de que el Código no prescriba en el párrafo *De la porción conyugal*, que sin duda habría sido el lugar oportuno para ello, hacer acumulación alguna para deducir la porción conyugal en todos los órdenes de sucesión que no sean el de los descendientes legítimos; 3.ª la de que el Código hable de las acumulaciones en el párrafo *De las legítimas y mejoras.*

Objétase que la ley dice en el inciso 1.º del art. 1178,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que la porción conyugal es la cuarta parte de *los bienes* de la persona difunta en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos; mas la objeción es, á nuestro juicio, contraproducente, porque todas las acumulaciones prescritas por los artículos 1185 y 1186, son meramente numéricas ó imaginarias.

Objétase asimismo que es absurdo que la porción conyugal se deduzca del acervo acumulado cuando tiene lugar en el orden de sucesión de los descendientes legítimos, y no se saque de él cuando tiene lugar en los demás órdenes de sucesión; pero, porque la doctrina legal nos conduzca á alguna consecuencia errónea, ¿hemos de rebelarnos contra el Legislador, enmendar su pensamiento, y salir de nuestra órbita de fieles, aunque conscientes interpretadores de la ley positiva?

Examinemos ahora, á la luz de los buenos principios del Derecho, la regla de que la porción conyugal, en los casos en que es una deducción de la masa, debe computarse sin tomar en cuenta las acumulaciones.

Desde luego, ella es manifiestamente absurda en cuanto á las donaciones revocables hechas en razón de legítimas ó mejoras, y á las deducciones de la porción conyugal que consistan en los bienes á que el cónyuge sobreviviente tenga derecho á título de herencia ó legado en la sucesión del otro cónyuge, por la misma razón que antes expusimos al hacer una observación análoga relativamente á los impuestos fiscales que gravan toda la masa. Adviértase, sin embargo, que las consecuencias indicadas no proceden específicamente de haber atribuido el Legislador el carácter de deducción de la masa hereditaria á la porción conyugal en los órdenes de sucesión que no son de descendientes legítimos, sino del error en que, á nuestro juicio, incurrió el Código al disponer

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que se acumularan al acervo líquido las dos clases de bienes de que se trata.

En lo que toca á las donaciones irrevocables hechas en razón de legítimas ó mejoras, una consideración semejante á la que el Legislador ha tenido en vista para disponer que se acumulen al acervo líquido, tratándose de las porciones hereditarias de que habla el art. 1184, cual es, la necesidad de evitar que por medio de dichas donaciones cercene el testador el patrimonio de su herencia, en perjuicio de los asignatarios de legítimas ó mejoras, debió impelerle á establecer que la porción conyugal, en los órdenes de sucesión antes referidos, se computara también tomando en cuenta los respectivos bienes acumulables.

En lo que respecta á las deducciones de la porción conyugal que consistan en los bienes propios que el cónyuge sobreviviente hubiera poseído como tales á la fecha del fallecimiento del otro cónyuge, y en la mitad de gananciales que á aquél incumba después de la liquidación de la sociedad conyugal, si ellas, merced á la acumulación al acervo líquido, aprovechan, en general, á todos los asignatarios por causa de muerte, no se ve razón alguna para que no aprovechen al cónyuge asignatario de porción conyugal en los casos en que ésta tenga lugar en un orden de sucesión que no sea el de los descendientes legítimos. Reservamos, sin embargo, nuestra opinión sobre la lógica y oportunidad que haya habido para constituir dichos bienes en acumulaciones al acervo líquido, punto en que es más propio ocuparse al tratar de la porción conyugal, ó de las sumas acumulables, específicamente consideradas.

En cuanto á la acumulación prescrita por el artículo 1187, nada tiene de extraño que no se tome en cuenta

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

para *computar* la porción conyugal en los casos á que se refiere este número, porque ella no tiene por objeto proveer á la computación sino al integro efectivo de ciertas asignaciones hereditarias. Cabe, sin embargo, observar en esta materia que, si el Legislador ha considerado necesario ordenar dicha acumulación para el integro de las legítimas ó mejoras, con la misma lógica debió ordenarla para el de la porción conyugal en los órdenes de sucesión que no sean el de los descendientes legítimos.

Empero, para alcanzar todos los resultados que hemos venido indicando, sería preciso quitar á la porción conyugal, en los casos de que se trata, la calidad de deducción de la masa hereditaria, y, en seguida, establecer, en orden á su computación ó integro, un sistema de acumulaciones análogo al prescrito por los artículos 1,185, 1,186 y 1,187 del Código.

Estudiadas ya las cinco deducciones que enumera este artículo, conviene observar que no es arbitrario el orden de su colocación. En efecto, deben pagarse en primer lugar las costas de la publicación del testamento, si lo hubiere, y las demás anexas á la apertura de la sucesión, porque han provisto á poner los bienes de la herencia en estado de que sobre ellos ejerciten sus derechos los asignatarios por causa de muerte, y los demás interesados en la sucesión; en segundo lugar, las deudas hereditarias, porque ellas corresponden á verdaderas é inviolables obligaciones del causante de la sucesión para con otras personas; en tercer lugar, los impuestos fiscales que gravan toda la masa, porque, de otra manera, no contribuirían á su pago las asignaciones hereditarias á que se refieren los dos últimos números de este artículo; en cuarto lugar, las asignaciones alimenticias forzosas, por lo sagrado é impostergable de su objeto; y, por fin, en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

quinto y último lugar, la porción conyugal, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos.

Inc. último. Ninguna duda racional entendemos que puede suscitarse sobre el sentido de la palabra *resto*: es claro que ella se refiere á lo que quede del primitivo acervo ó masa de bienes hereditarios, después de hechas las deducciones enumeradas en este artículo.

Estudiemos ahora la expresión *acervo líquido.*

Entiéndese por *líquida*, según el Diccionario de la Lengua, la suma que resulta de la comparación del cargo ó data con el haber, como se usa en las expresiones *deuda líquida*, *alcance líquido.*

Desde luego, no cabe duda de que la expresión *acervo líquido* es perfectamente adecuada y oportuna, respecto de todos aquellos casos en que no puede haber lugar á las acumulaciones prescritas por los artículos 1,185, 1,186 y 1,187, ó en que de hecho no haya lugar á ellas, por falta de los respectivos bienes acumulables, como que entonces el resto á que se refiere este inciso es compuesto por la suma que resulta de la comparación del cargo ó data de la sucesión, ó sea, las deducciones enumeradas por el presente artículo, con el haber de la misma, ó sea, todos los bienes que el difunto ha dejado, inclusos los créditos hereditarios.

En los casos en que hay lugar á las acumulaciones indicadas en los artículos 1,185 y 1,186, nada tenemos tampoco que observar en cuanto á la propiedad del calificativo *acervo líquido*, aplicado al resto de que habla el inciso que estudiamos, porque tales acumulaciones, que son meramente numéricas ó imaginarias, no aumentan en manera alguna el haber de la sucesión.

No puede decirse lo mismo del caso especial en que haya lugar á la acumulación indicada por el artículo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

1,187, porque, siendo esta acumulación real y efectiva, debiera en dicho caso llamarse *acervo líquido* al acervo acumulado. No basta, empero, esta consideración para desconocer la lógica y oportunidad con que, en general, se ha valido el Legislador de la expresión de que hemos hablado.

En cuanto á las palabras «de que dispone el testador ó la ley,» ellas confirman lo que antes dijimos sobre el calificativo *acervo líquido*, en los casos en que hay lugar á las acumulaciones prescritas por los artículos 1,185 y 1,186. En efecto, esas palabras están manifestando que el Legislador, deliberadamente, ha querido comprender bajo dicha enunciativa un acervo compuesto sólo de bienes de valor positivo, de bienes que en realidad estén en el patrimonio de la persona de cuya sucesión se trate; y esto, decimos, porque, eliminadas las donaciones revocables hechas en razón de legítimas ó mejoras, y las deducciones de la porción conyugal que consistan en los bienes á que el cónyuge sobreviviente tenga derecho á título de herencia ó legado en la sucesion del otro cónyuge, que, como antes hemos dicho, no debieran ser acumulaciones al acervo líquido, ni el testador ni la ley *disponen* de los demás bienes acumulables de que tratan los artículos referidos, aun cuando ellos hayan de ser tomados en cuenta para la computación de ciertas asignaciones hereditarias.

PAULINO ALFONSO.

Santiago, abril de 1886.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

EL RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL HECHO por un testamento ¿puede revocarse por otro posterior?

Registrando la GACETA DE LOS TRIBUNALES del año último, hemos encontrado, bajo el número 786, una sentencia por la cual se ve que no hay todavía una jurisprudencia uniforme respecto del punto que sirve de tema á estas líneas.

Don N. N. otorgó testamento cerrado en 1866, en el que reconoció á varios hijos naturales. Más tarde, en 1876, otorgó nuevo testamento, sin hacer mención del reconocimiento anterior y declarando expresamente que revocaba toda otra disposición testamentaria.

Fallecido don N. N. y publicadas las disposiciones del testamento de 1866, los hijos naturales reconocidos en dicho testamento, se presentaron judicialmente pidiendo que se les considerase como hijos legítimos, en virtud de haber contraído matrimonio su padre con la madre común en 1871, fecha posterior al testamento de 1866, y con ocasión de haberse efectuado la legitimación *ipso jure.*

Aunque el asunto principal versó sobre legitimación, habiéndose negado á los reclamantes el carácter de hijos naturales á la fecha del matrimonio de sus padres, con motivo de la revocación del primer testamento, la cuestión quedó reducida á resolver si el segundo testamento dejó sin efecto la calidad de hijos naturales que les había conferido el primero, ó si eran tales á la fecha del matrimonio, antes de la revocación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Conoció del juicio en segunda instancia la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, dividiéndose las opiniones entre sus miembros.

Los señores Amunátegui, Vial Recabarren y Abalos, llamados tal vez á dirimir la discordia, aceptaron la demanda, estableciendo las siguientes consideraciones:

"Que el segundo testamento no dejó sin efecto el reconocimiento hecho por el primero, porque no pudo retractarse un acto de esta especie.

"Que el reconocimiento de hijo natural que un individuo hace por testamento no puede estimarse como un acto de liberalidad, sino como la declaración de un hecho que fija el estado civil de una persona.

"Y que carece de importancia la falta de aceptación porque, tratándose del reconocimiento hecho por testamento, cuyas disposiciones eran desconocidas, debe entenderse que produjo efectos legales desde que se otorgó el testamento."

Los señores Alfonso y Barceló, disintiendo del parecer de la mayoría, expresaron que los demandantes no tenían el carácter de hijos naturales á la fecha del matrimonio de don N. N.: "1.º porque la calidad de hijo natural constituye un estado especial debido al reconocimiento de los padres; 2.º porque el reconocimiento es un acto libre y voluntario de los padres; y hecho por un acto testamentario, no puede tener efecto sino después de la muerte del testador, y es esencialmente revocable; y 3.º porque la constitución del estado de hijo natural requiere, no sólo la libre voluntad del padre, sino la del hijo á quien se quiere reconocer, manifestada por él mismo ó su representante legal."

***

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

No trepidamos en declarar que adherimos al voto de los señores Alfonso y Barceló, el cual consideramos más conforme á las reglas de nuestra legislación.

Los artículos 272 y 273 del Código Civil disponen que el reconocimiento deberá hacerse por instrumento público ó por acto testamentario, debiendo el reconocimiento ser notificado y aceptado ó repudiado de la misma manera que lo sería la legitimación, según el título *De los legitimados por matrimonio posterior á la concepción.*

Según esto, podrá aceptar ó repudiar libremente la persona que no necesita de tutor ó curador para la administración de sus bienes. Quien necesite de tutor ó curador no podrá aceptar ó repudiar el reconocimiento, sino con el consentimiento de su tutor ó curador, y previo decreto judicial con conocimiento de causa; y la mujer que vive bajo potestad marital necesita del consentimiento de su marido ó de la justicia en subsidio. Se ordena además á la persona que acepta ó repudia que lo declare por instrumento público dentro de los noventa días subsiguientes á la notificación que ha debido hacérsele, entendiéndose que acepta, trascurrido dicho plazo.

De las disposiciones citadas se desprende que, aunque el reconocimiento se haya otorgado por escritura pública ó por testamento, no puede decirse que produce efectos legales, entretanto no haya sido notificado al reconocido y aceptado por éste ó por sus representantes.

Además de la notificación y aceptación del reconocimiento requeridas, ya se haga por instrumento público, ya por testamento, en este último caso todavía hay que esperar que produzca el acto testamentario efectos legales; porque, como lo enseña el art. 999 del Código citado «testamento es un acto más ó menos solemne en que una persona dispone del todo ó de una parte de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sus bienes *para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva*". El art. 1001 es aun más expreso. "*Todas las disposiciones testamentarias*, dice, *son esencialmente revocables, sin embargo de que el testador exprese la determinación de no revocarlas...*"

Si la cualidad esencial del testamento es la de ser revocable, no comprendemos cómo pueda sostenerse que no lo es la disposición en que el testador hace el reconocimiento de hijo natural.

Al determinar el Legislador que este reconocimiento debía hacerse, si no por instrumento público, por testamento, sujetó dicho acto á la condición de revocabilidad de toda disposición testamentaria. En caso contrario, para obrar con lógica, debió haber formulado la excepción de una manera expresa.

En consecuencia, no existiendo tal excepción, es revocable el reconocimiento de hijo natural hecho por testamento, como lo es el nombramiento de tutor ó curador, la constitución del derecho de usufructo, de un fideicomiso, censo y de toda disposición que se haga por acto testamentario.

De estas consideraciones se desprende también que no puede decirse que produce efectos legales el reconocimiento hecho por testamento estando aún vivo el reconocedor, y sin que haya aceptado el reconocido. Ya hemos visto que todo testamento no produce *pleno efecto* sino después de los días del testador.

Menos efecto podía producir, en el caso que estudiamos, el otorgado en 1866, que era testamento cerrado, y del cual no pudieron tener conocimiento los pretendidos hijos naturales. Suponer la aceptación de éstos, es ponerse en abierta contradicción, no sólo con las disposiciones legales que hemos citado, sino aun con el buen sen-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tido. No determina el Código que en este caso exista *presunción legal.*

***

Entra en mucho en la diversidad de pareceres sobre el punto legal que estudiamos el sistema que se adopte, considerando el reconocimiento, ya como la declaración de filiación, ya como un acto voluntario y de mera liberalidad de los padres para conceder al hijo natural los derechos que la ley le otorga.

Porque si el reconocimiento importa lo primero, es obvio que siempre tendría que subsistir la declaración de filiación y las consecuencias que se desprendiesen de ella.

Pero nuestro Código ha sido bien expreso en cuanto al sistema que sigue al tratar del reconocimiento de hijos naturales. El es, según el art. 271, «un acto libre y voluntario del padre ó madre que reconoce». La investigación de la paternidad es prohibida; y si, según el art. 280, el hijo ilegítimo, que no ha sido reconocido voluntariamente con las formalidades legales, puede pedir que su padre ó madre lo reconozca, es con el solo objeto de exigir alimentos, y usando de los únicos medios que establece el título 14 del libro 1.º

La declaración de filiación puede exigirse sólo para demandar alimentos; y una vez hecha, no puede revocarse. Pero el reconocimiento de hijo natural es un acto de mera liberalidad de los padres, quienes pueden, en consecuencia, revocarlo antes que sea formal y legalmente aceptado, ó antes que el testamento, si así se otorga, produzca pleno efecto con la muerte del reconocedor.

Son bien diversas las relaciones que la ley establece entre los padres é hijos naturales y entre los padres é hijos simplemente ilegítimos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Los hijos ilegítimos no tienen más derecho que á exigir alimentos de sus padres.

En el título 13 del libro 1.º del Código están demarcadas las obligaciones y derechos entre los padres é hijos naturales; y al tratarse en el libro 3.º de las sucesiones por causa de muerte, se determinan los casos en que los hijos naturales pueden tener parte en la herencia de sus padres, y vice versa.

Con razón, pues, el Código ha establecido que el reconocimiento de hijo natural no importa sólo una declaración de filiación, sino que constituye un estado civil especial sujeto á ciertas solemnidades, entre las cuales entra muy principalmente la libre voluntad del padre, como asimismo la libre voluntad del hijo agraciado.

El reconocimiento de hijo natural constituye, si podemos decirlo así, una especie de contrato entre el padre que reconoce y el hijo que acepta, de cuyo contrato nacen derechos y obligaciones mutuas; y lo esencial en toda declaración de voluntad es el consentimiento de las personas que en ella intervienen. Mientras que el acto legal no se reputa perfecto, los interesados tienen el derecho de retirar su consentimiento.

FORTUNATO VENEGAS.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN EXTRANJERA

LOS ACTOS DE COMERCIO EN EL NUEVO CÓDIGO ITALIANO

Suponemos que los lectores de la REVISTA leerán con interés la reseña sumaria de las modificaciones más importantes que ha sufrido el Código de Comercio italiano vigente en la actualidad, en comparación con el de 1865; estudio no desprovisto de utilidad práctica, no solamente por la índole cosmopolita del derecho mercantil, sino porque, encontrándose España en pleno período de reformas legislativas, habrá de reportar algún provecho del conocimiento de los trabajos de este género de una nación, que, como Italia, ofrece tantos puntos de semejanza con aquélla, proponiéndonos aquí únicamente dar cuenta de las nociones ó conceptos generales admitidos por todos los países cultos que han venido á satisfacer necesidades prácticas ó racionales y que por sí mismo se recomiendan. En este primer artículo, discurriremos acerca de los *actos de comercio*, asunto de importantes modificaciones en el Código de Italia, dignas de ser, no ya conocidas, sino adoptadas por los Códigos extranjeros.

I

La primera cuestión que nos sale al paso es la de método, á saber: la designación del lugar que debe ocupar el examen de los actos del comercio; cuestión necesariamente previa, porque nada interesa tanto, en un Código mercantil, como averiguar de qué concepto ha partido el Legislador para regular las diversas operaciones que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

constituyen su objeto, y determinar la cualidad del comerciante, el procedimiento, la prescripción, la competencia y demás puntos de vista de esta rama del Derecho. Á este propósito conviene recordar las palabras textuales de la *Relación ministerial al Senado Italiano*, en justificación de las reformas. «En el Código de Comercio de 1865, en el título *De los comerciantes*, se enumeran, aunque incidentalmente, los actos mercantiles; pero, formando éstos la materia propia del comercio, pareció á la comisión compiladora del proyecto preliminar que por la importancia del asunto debían aquéllos comprender un título aparte»... etc. (pág. 26).

Razones de oportunidad habrían aconsejado formular una definición de los actos de comercio, que sirviera de regla fija en medio del desorden de las varias opiniones que se disputaban el campo, aunque, por otra parte, se reconocían los peligros de tal intento, por la dificultad de hallar una buena definición que se pudiera aplicar igualmente á todos los casos, puesto que nada ofrece tantos inconvenientes como la demarcación de los límites entre los cuales han de encerrarse los múltiples elementos de dichos actos, si se han de consignar con rigorosa precisión, incluyendo lo necesario, y omitiendo lo superfluo. No es, pues, de extrañar que el Código italiano recuerde el conocido aforismo *omnis definitio in jure periculosa*, abandone totalmente dicho pensamiento, y deje á la ciencia y á la jurisprudencia la tarea de plantear las bases de sus propias disposiciones. Conviene ahora también recordar, usando las palabras mismas de la docta relación, antes mencionada, las razones históricas y jurídicas que tuvo el Legislador italiano para proceder de aquella suerte, dando, por cierto, señaladas muestras de cordura con la prudente reserva en que hubo de encerrarse: «Sin duda alguna hubiera sido preferible á una

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

enumeración, inevitablemente imperfecta, escribir en el Código una definición general de los actos de comercio, dejando á los magistrados su aplicación; y la Facultad de Derecho de Pisa y las Cámaras de Comercio de Roma y Parma manifestaron esta opinión, que no llegó á adoptarse en vista de las invencibles dificultades que se oponían á su realización, procedentes, en su mayor parte, de las graves incertidumbres á que los defectos de la definición, que al fin se aceptara como buena, habían de exponer al comercio, apartándole de la protección jurídica que merece. En tal caso, se hace necesario determinar el criterio legal y económico, en virtud del cual cabe distinguir, con seguridad, los actos comerciales de los actos civiles.

"Históricamente debemos afirmar que hasta tiempos ya muy próximos á los nuestros, el criterio acerca de los actos mercantiles fué meramente subjetivo, y se conocían con este nombre las operaciones de los comerciantes: la calidad de la persona imprimía su sello á la de los actos por ella verificados. En la época de las corporaciones mercantiles y de las maestranzas, la jurisdicción comercial era personal y se ejercía sobre los comerciantes, no concibiéndose entonces operaciones mercantiles emprendidas por personas no dedicadas al comercio. Desarrollóse éste, desaparecieron las antiguas corporaciones ante el Edicto de Turgot de 1776, y la ley de 1791 por la participación general de todas las clases sociales en el movimiento industrial y mercantil, y las nuevas necesidades que se originaron obligaron al Legislador á determinar *objetivamente* los actos del comercio, en sí mismo, según su naturaleza, prescindiendo de la persona que los practicara.

"Disputaron largamente, sin llegar á un acuerdo, economistas y jurisconsultos acerca de la esencia especial y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

propia de los actos mercantiles y de su distinción respecto de los civiles; unos encontraron el carácter fundamental del comercio en la mediación entre productores y consumidores, mientras que otros se fijaban en la intención de lucro y de especulación que le acompaña, no faltando ilustres jurisconsultos que negaban poderse fundar acertadamente sobre el elemento intencional, con preferencia á la realidad objetiva de los actos, una diferencia esencial entre unas y otras operaciones. Pareció á muchos la compra para revender el tipo genérico de los actos mercantiles, haciendo consistir el beneficio en el lucro de la diferencia entre el precio de costo y el de reventa, y notables escritores alemanes modernos estudiaron atentamente la función económica, sin llegar á soluciones concretas.

"Algún autor ha preferido describir lo que constituye el comercio á definirlo, y otro ha creído que este trabajo ha de confiarse al prudente arbitrio del Legislador. En suma, todas las fórmulas propuestas pecaban de inexactitud ó de falta de fijeza y de aplicación exclusiva á las operaciones en cuestión, adoleciendo la última mencionada del grave defecto de envolver toda esta materia en una vaguedad incomprensible, porque si el Legislador puede establecer presunciones y medios de prueba de los hechos, no por eso tiene derecho á cambiar su naturaleza, ni á aspirar á que sean de otro modo que son realmente en la vida económica y social.

"El defecto de una teoría científica fundada sobre bases seguras, ha sugerido el pensamiento de enumerar en los Códigos los actos de comercio, renunciando á la tentativa de sintetizar en una definición abstracta su común esencia."

Después de haber referido brevemente el sistema de la enumeración según los Códigos francés y alemán, la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Relación declara preferible "atribuir naturaleza de acto de comercio, sin consideración á la calidad de las personas, á todas aquellas operaciones que, por razón de su esencia en el orden económico y en la opinión general, constituyen una manifestación de la actividad mercantil, adoptando en el Código el sistema práctico de hacer de ellas una enumeración, la más completa posible, sin encerrar por eso la vida comercial dentro de límites infranqueables, ni impedir su espontánea y progresiva expansión, es decir, con efecto desmostrativo, no taxativo" (págs. 27 y siguientes).

II

En defecto, pues, de una definición, es imprescindible indagar á qué criterio ha dado la preferencia el Código italiano, y creemos no pecar de inexactos al afirmar que en la enumeración que formula, como habremos de ver más adelante, resalta claramente el carácter de la especulación y del lucro, y hé aquí precisamente la cualidad ó requisito natural que debe seguir al acto, para poder calificarlo de mercantil. Una objeción nos sale al paso, aunque es de explicación sencilla, contra esta doctrina, consistente en la extensión que cabe dar al elemento del lucro ó de la ganancia, incompatible con la distinción de los actos enumerados respecto de los demás en que pueden también concurrir, según los varios propósitos de la actividad individual; pero la observación, justa bajo algún concepto, disminuye en importancia, si se tiene bien en cuenta el otro elemento imprescindible para formar contrapeso al primero y distinguir lo mercantil de lo meramente civil en la mayor parte de los casos, á saber: la condición especial que emancipa á los actos comerciales de la categoría de los negocios comunes, ó

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sea, del medio ordinario de la satisfacción de nuestras necesidades, y los hace entrar en la categoría de las providencias para lo futuro y de las necesidades para el porvenir, presentidas, pero eventuales, según determinadas contingencias.

En resumen, el propósito de satisfacer *con lucro* necesidades ó contingencias futuras, da al acto un carácter especial que no se hallará nunca en los modos usuales del desenvolvimiento de la vida civil; y el mismo concepto unido al del empleo de la fuerza económica, con cálculo expreso de adquirir ganancia, constituye el atributo jurídico esencial de las operaciones mercantiles. No es posible, sin embargo, señalar taxativamente la esfera de acción de tales actos, como no es posible tampoco deslindar *a priori* los confines de la actividad humana y de sus infinitos progresos; razón por la cual no es dado al Legislador restringir el círculo de las atribuciones de los tribunales ante la eventualidad de que un acto cualquiera, no previsto por la ley, revista forma y carácter mercantiles. Partiendo de estas consideraciones, el Código italiano actual, á fin de eliminar la duda, que en la enumeración de los actos de comercio ocurriera, acerca de su cualidad taxativa, modificó la fórmula empleada en el Código de 1865, y con la adición del art. 3.º —»la ley *reputa* actos mercantiles«—manifestó su pensamiento en el sentido de que, no pudiendo prescindir de determinar aquellas operaciones que la práctica había consagrado y los tribunales reconocido, dejaba el campo abierto para admitir en el porvenir otras nuevas de la misma clase, siempre que ofrecieran las mismas condiciones ó llenaran idénticos requisitos.

Procedamos ahora brevemente al examen de los actos designados específicamente, exponiendo ligeras consideraciones sobre las innovaciones que se introdujeron,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

obedeciendo unas veces, avanzando demasiado otras, á los últimos adelantos de la ciencia.

III

En primer lugar, la ley se ha ocupado en el art. 3.º de cuanto se refiere á los bienes muebles por su naturaleza, ó á aquellos que son más ó menos susceptibles de revestir, en la contratación común, carácter comercial.

«Las compras de frutos y mercancías (núms. 1 y 2 del art. 3.º) para revenderlas, elaboradas ya ó como materias primeras ó para darlas á título de préstamo, é igualmente las compras, para revender, de las obligaciones del Estado y de otros efectos de crédito, en circulación en el comercio», constituyen otros tantos actos mercantiles. Después de las anteriores consideraciones, nada más fácil que explicar el alcance de esta disposición, entendiendo por *frutos* la recolección de productos de la tierra, destinados á la alimentación, que se transforman y se consumen con el uso, y dando al vocablo *mercancías* la extensión con que aparece empleado en la ley, según la cual comprende, sin distinción, objetos muebles, ya sean cosas corporales é incorporales; aun cuando en nuestra opinión hubiera procedido el Legislador con mejor acuerdo, valiéndose solamente de la última palabra, por abarcar de todos modos, bajo su significado, el de la primera, y no ser preciso, hablando de *mercancías*, referirse á los *frutos*, que son una especialidad de las primeras. De todos modos, lo evidente es que quien adquiere objetos, no para conservarlos, aprovecharlos ó consumirlos por sí mismo, sino con la idea preconcebida de venderlos de nuevo á otras personas, ó transmitir su disfrute temporal, ora la verifique en la forma de materias primeras ó después de haberlos transformado por el tra-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

bajo, demuestra la intención de obtener un lucro, aprovechándose de la diversidad del valor en cambio de dichos objetos, en las dos épocas de la adquisición y de la venta subsiguiente; propósito de lucro que se ha revelado desde el punto y hora en que se ha procedido á la compra, que no se hubiese hecho de no abrigar aquella intención el adquirente, puesto que en este caso no se habría provisto de mercancías que no tiene interés en conservar para sí. Del mismo criterio se debería hacer uso para la venta y colocación de productos en bruto ó elaborados cuando la respectiva precedente adquisición se llevó á cabo con ánimo de revender ó prestar; la ley considera siempre la intención primitiva del comprador, en el momento del primer contrato. El que vende las mismas cosas poco antes adquiridas, demuestra también el fin lucrativo que le guiaba en el instante de comprarlas, por lo cual era lógico reconocer del propio modo, en aquella venta, la cualidad de acto mercantil.

Á esta regla general, cuya certeza nos parece incontrovertible, ha señalado una excepción el Código italiano, á fin de desvanecer todo error ó inexacta aplicación del pensamiento fundamental, disponiendo en el art. 5.º que no son actos mercantiles *la compra de géneros y mercancías para uso y consumo del comprador ó de su familia, la reventa que pueda verificar de dichos artículos, ni la venta que el propietario ó el cultivador hagan de los productos de la heredad propia ó cultivada.* En estos casos no sería justo conservar la condición mercantil, porque falta en ellos la intención de lucro, y sólo existe la de proveer á la satisfacción de necesidades propias, inmediatas, sin otro propósito extraño ni cálculo preexistente.

Además de los géneros y mercancías, los núms. 1 y 2 del art. 3.º hablan *de las obligaciones del Estado y de los títulos de crédito;* mas no se vuelve á tratar de ellos en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la excepción indicada del art. 5.º, porque sin duda fué la mente del Legislador atribuir carácter comercial á la sola compra ó venta de tales títulos, aun cuando no se hiciera con ánimo de revender, y, por tanto, con una explícita confesión del propósito mercantil. Preferible sería ver todo esto consignado en términos expresos; pero la naturaleza de aquella disposición excepcional y los trabajos preparatorios del Código lo dejan deducir, igualmente, con seguridad. *La Relación ministerial* al Senado, antes citada, al referirse á la excepción del art. 5.º, manifiesta que se juzgó conveniente suprimir en ella las palabras *obligaciones del Estado y títulos de crédito*,— «pareciendo bien fundada la opinión de la Cámara de Comercio de Roma, de que sería perjudicial exponer los contratos sobre la renta pública y los títulos de crédito á las incertidumbres de las cuestiones de competencia, y más razonable atribuir, como regla constante, cualidad comercial á las contrataciones de compra-venta de esta clase de valores».

En buenos principios, el diverso criterio aplicado á los mencionados títulos de crédito respecto del empleado con las demás mercancías, carece de justificación; el que adquiere efectos públicos ó los vende, por ejemplo, para dar otra colocación á su capital ó satisfacer otras necesidades, no puede decirse que lo verifica con ánimo de ejercer una especulación; reconocemos, sin embargo, que el Legislador ha tenido en cuenta, al desviarse del camino recto de la ciencia, razones de utilidad pública, como afirmaba la *Relación ministerial*, y que á ellas debe subordinarse el derecho estricto, aun prescindiendo de la reflexión de que en los contratos por compra y venta de dichos efectos públicos hay siempre algo de aleatorio, que reviste carácter completamente mercantil.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

IV

La más arriesgada innovación del Código italiano en la cuestión de los actos de comercio consistió en contar entre ellos *las compras y reventas de los bienes inmuebles cuando se verifique con ánimo de especulación mercantil.*

Prevaleció por largo tiempo en todos los países el concepto del Código napoleónico, según el cual, el comercio debía, por su naturaleza, limitarse á las cosas muebles, siguiendo en esta doctrina las huellas de la definición formulada en la antigüedad por Ulpiano, *mercis apellatis ad res mobiles tantum pertinet*, y de aquella otra que reputa el comercio como *commutatis mercium.* Y en efecto, aparte toda consideración económica, no se puede negar que las cosas muebles son más susceptibles de tráfico mercantil que las inmuebles, por su mayor facilidad de pasar de mano en mano rápidamente, de ser transformadas y transportadas, y de encontrarse, en fin, por decirlo así, allí donde la oferta y la demanda se disputen el campo con distintas vicisitudes; celeridad de movimiento de que no son capaces las cosas inmuebles naturalmente, no tanto porque satisfacen en menor escala las necesidades del mercado, sino porque la forma sencilla de su contratación, que es la compra-venta, se sujeta á tan severas é indispensables formalidades, que dificulta su fácil transmisión. Con eso y todo, un fenómeno bastante curioso se producía, que no dejó de llamar la atención del Legislador, cuya prudencia no es nunca tan necesaria como cuando se trata de reformar un Código; acontecía y aún acontece, que uno solo ó varios individuos reunidos procedían á la compra de grandes extensiones de terreno, no para conservarlas y cultivarlas por su cuenta, quizá por falta de medios económicos, sino con el único fin de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

revenderlas, subdivididas en pequeñas fracciones, aprovechando el momento oportuno para obtener cuantiosas ganancias. ¿Se habría de negar á semejante operación carácter mercantil? No, por cierto; que jamás el ánimo de comprar para revender y la intención de lucro se pondrán tan de manifiesto, porque quien ha adquirido una notable extensión de terreno demuestra su propósito de comerciar si lo revende al poco tiempo, y así no hay razón para tratar de modo diverso del que compra y revende cosas muebles, al que ejerce su tráfico sobre bienes inmuebles. El Código italiano no ha hecho otra cosa que ajustarse á las consecuencias lógicas de un principio general muy justificado, sin preocuparse del temor de que su innovación llevase consigo inconvenientes derivados de las formalidades especiales á que están sujetas las transmisiones de los bienes inmuebles, creyendo posible la coexistencia de las dos ideas, y la *Relación ministerial* al Senado, después de haberse ocupado de las fases de la cuestión en Francia y Bélgica, expone así las razones de tan grave reforma: "Cualquiera que sea la esencia elemental de la función mercantil, ya consista en facilitar y multiplicar las relaciones entre productores y consumidores, ya en la transformación de las primeras materias de la naturaleza con la industria humana, ó en la creación de nuevos valores, en virtud de la asociación del capital y del trabajo, es fácil notar que siempre podrá ejercitarse esta función no menos sobre bienes inmuebles que sobre los muebles, y que en el desenvolvimiento de la moderna vida económica, la propiedad inmueble se convierte, con no escasa frecuencia, en poderoso y fecundo instrumento de especulaciones mercantiles. Bastarían para demostrarlo las sociedades que continuamente se establecen en las grandes capitales y plazas comerciales, y uno de cuyos medios estriba

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

precisamente en estas compras y reventas de terrenos propios para la edificación, ó ya cubiertos de nuevos edificios.»

«Ni es obstáculo que los inmuebles no sean transportables de un sitio á otro, como si esto significase un elemento esencial á toda operación de comercio. Basta, al efecto, que los bienes inmuebles se presten á la circulación, que alimenta la vida mercantil, y acrecienta muchas veces el valor en cambio de la riqueza, apropiándola mejor á las humanas necesidades, ó modificando las relaciones entre la oferta y la demanda. Deséchense, pues, vanos perjuicios y errores inveterados, y prevalezca el hecho incontrastable de que la especulación sobre la circulación de inmuebles ha entrado de lleno en las costumbres comerciales, y será abundante en provechosos resultados. Ni ha de atenderse tampoco á las disposiciones civiles que vigilan con beneficiosa escrupulosidad la propiedad inmueble, rodeándola de toda suerte de garantías, que sin entrar en el examen de la diversidad de protección otorgada por unas y otras leyes, reliquia tal vez de antiguas preocupaciones políticas arraigadas en los viejos Estados, como restos que son de civilizaciones remotas, incompatibles con el régimen actual de las sociedades, ni poner en evidencia la timidez de esa misma legislación civil ante toda innovación radical; no hemos de negar que con prudencia reclame peculiares formas y medios de prueba en la contratación sobre inmuebles, y con justicia robustezca el sistema hipotecario, sin cuyo acertado mecanismo carecería el crédito territorial de la necesaria seguridad; garantías que el proyecto tuvo exquisito cuidado de respetar, creyéndolas, con completa razón, compatibles con la índole del acto mercantil, como lo demuestran las disposiciones poco desemejantes que regulan, por igual, en el Código de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Comercio, la enagenación de las naves y las anotaciones y transcripciones que son su consecuencia» (págs. 31 y siguientes).

Ilustración más clara de la nueva disposición, bajo los aspectos jurídico y económico, no podría desearse. El Legislador italiano ha comprendido la necesidad de extirpar muchos abusos y de adaptar el tráfico sobre inmuebles al de bienes muebles, siempre que se dé la condición esencial, como dice la *Relación ministerial*, de «que la operación, ó más comunmente, una serie de operaciones semejantes por su naturaleza y extensión, ó por el destino de los edificios, y en todo caso, por la intención de las partes, se propongan un fin mercantil, cuya apreciación corresponderá á los Tribunales».

Hablando la ley de compra y venta de bienes inmuebles con propósito mercantil, omite lo relativo al arrendamiento, y da lugar á la duda de si éste habrá de reputarse, en ciertos casos, acto de comercio. Á pesar de tal silencio, no vacilamos en resolver la cuestión afirmativamente, ya resulte notoria la intención del propietario de llevar á cabo una especulación comercial, ya intente proveer, tan sólo, á sus intereses particulares. Á esta interpretación, por otra parte, conducen, no solamente los trabajos preparatorios del Código de Comercio, en los cuales se ha hablado del alquiler como acto mercantil, cuando se haga con propósito lucrativo, sino la razón misma de las cosas, consideradas en su esencia; pues tratándose de una simple venta de las utilidades ó del goce de sus bienes, prontamente acude la idea del lucro ó de la ganancia y *ubi eodem juris ratio, ibi est eadem dispositio.* La jurisprudencia italiana, con muy contadas excepciones, ha aplicado la nueva ley en el sentido de estimar el contrato de alquiler de un inmueble, para usos mercantiles, como acto de comercio. El Tribunal de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Apelación de Milán lo ha reconocido, no hace mucho, al tratar de cierto local para ejercer la industria tipográfica, motivando sus decisiones con la consignación del principio de que, si han de reputarse actos de comercio las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se verifican con propósito de lucro, no habría razonable motivo para negar semejante carácter á los contratos de alquiler de bienes inmuebles hechos con el mismo fin, no tanto por la estrecha afinidad existente entre estos contratos y el de venta, cuanto porque quien toma en arriendo un local para ejercer su industria, aspira á reunir en su mano los medios indispensables á la realización de su intento, y al goce de las ventajas inherentes á una especulación esencialmente mercantil.

V

En el núm. 4.º del mismo art. 3.º se enumeran entre los actos de comercio los contratos de venta *a retro* sobre obligaciones del Estado y otros títulos de crédito en circulación, disposición omitida en el antiguo Código, inserta en el reformado recientemente y de todos modos necesaria, porque ya no era posible pasar en silencio un hecho económico de tanta importancia y tan frecuente, cual es el que resulta de un conjunto de operaciones, practicadas todas con propósito mercantil. Es oportuno explicar la índole especial de este género de contratos.

En las liquidaciones mensuales ó quincenales de la Bolsa sucede á menudo que una persona poseedora de títulos ó efectos públicos necesite dinero por el momento, aunque no le convenga desprenderse de aquéllos irrevocablemente, y que otra, provista de numerario sobrante, quiera emplearlo con ventaja. En este caso, ambos se ponen de acuerdo, entregando uno el dinero y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

adquiriendo los títulos que el otro se obliga á recobrar en breve plazo, mediante un precio de readquisición muy superior al de la venta temporal antes verificada, en cuyo contrato hay ventaja recíproca, revistiendo las diversas operaciones de que consta indudable carácter comercial, en cuanto se efectúan precisamente por compra y venta respectivas de aquellos títulos, á los que basta, como hemos indicado anteriormente, dicha forma de negociación para atribuirles carácter mercantil. Nos limitamos á esta indicación sencillísima de los contratos *a retro*, porque una más amplia requeriría estudios especiales que no son del caso: una advertencia, sin embargo, debemos añadir: consiste en que el Código italiano, al ocuparse separadamente, en un título especial, de los citados contratos (tít. VIII, art. 73 y siguientes), juzgó oportuno resolver la grave controversia planteada, sobre todo en Italia y en Francia, sobre la naturaleza jurídica de aquellos, que era diferente y producía, por tanto, distintas consecuencias, según que mediaba pacto de rescate en la venta, ó que se verificaba un contrato *mutuo* simple ó á interes ó con garantía, sobre lo cual andaba dividida la opinión de los tratadistas y la jurisprudencia misma. En el artículo 73 se formuló el contrato de la manera que hemos expuesto, quedando regulado conforme á los principios fundamentales antes sentados.

VI

La misma naturaleza revisten los contratos que tienen por objeto *la compra y venta de cuotas ó acciones de una sociedad mercantil* (art. 3.º, núm. 5.º). Tales operaciones, en las que el que vende desata los vínculos que lo ligaban á la sociedad comercial y el que compra se hace individuo de ella, ó entra con ella en relaciones,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tienen un fin mercantil, el de los que venden y compran, el cual es innato, *re ipsa*, en la forma especial del derecho transmitido ó recobrado. Por otra parte, en la negociación de estos títulos no es menester investigar la intención de lucro del vendedor ó del comprador: la ley la presume siempre, y esta presunción es bastante, siendo de notar que las consecuencias serán las mismas en todos los casos, aun cuando haya diversidad en las especies de *acciones* de las *sociedades* referidas, y que su compra y venta constituirá necesariamente un acto mercantil.

VII

Idéntico carácter ofrecen también las empresas de suministros, fábricas, construcciones, manufacturas y espectáculos públicos, y las editoriales y tipográficas (números 6.º al 11.º del art. 3.º). Veamos, ante todo, qué debe entenderse bajo el nombre genérico de *empresa*, y después estudiaremos sus diversas formas, en relación con nuestro asunto.

Empresa, en el lenguaje ordinario, significa prestación de trabajos, géneros ó mercancías, emprendida en número discretamente considerable, sea directamente, sea con el concurso de una ó más personas, en favor de un tercero con el cual se ha contratado y que tiene derecho á reclamar su cumplimiento. Una prestación aislada, independiente, no puede constituir nunca empresa ni ofrecer aspecto mercantil en nuestra opinión, á no ser que el acto, en sí mismo, lo presente con sus requisitos esenciales, á tenor de lo expuesto en los párrafos anteriores. Con arreglo á estos principios estudiamos ahora las especies antes indicadas, y ellos nos servirán para conocer la importante modificación sufrida por la ley italiana actual, comparada con la de 1865 y las legislaciones extranjeras.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Se entiende por empresas de suministro aquellos contratos en los que alguien se obliga á facilitar, dentro de cierto tiempo, una cantidad determinada de géneros ó mercancías, por retribución que no varía, aunque se modifiquen las condiciones del mercado, ó altere el precio de las cosas, objeto del suministro, contrato que se celebra generalmente con el Estado ó la Administración pública, pero que puede también ajustarse entre particulares, revistiendo en uno y otro caso carácter mercantil, porque el que por él se compromete, especula evidentemente sobre el menor costo de la mercancía suministrada, en relación con el precio aceptado por el otro otorgante, y lo hace tras una serie de múltiples adquisiciones encaminadas al mismo fin, y por medio de una serie de actos esencialmente mercantiles, á los cuales ha de llegar necesariamente para satisfacer su compromiso de suministrar determinada mercancía, y que se reducen, en puridad, á comprar con ánimo de revender lucrativamente, según los principios antes expuestos.

MOISÉS VITALEVI

(Concluirá)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—1. MANUAL JURÍDICO DEL MATRIMONIO, *con arreglo á las nuevas leyes*, por don Luis A. Valenzuela, 290 págs., 1 vol., Imp. Victoria, Santiago.—Como lo dice su autor en la Introducción, el objeto de esta obra es "reunir las leyes vigentes relativas al matrimonio; ordenarlas; consignar algunas indicaciones prácticas sobre su inteligencia y aplicación; armonizar los preceptos del Estado con las reglas de la Iglesia, para facilitar á las personas ajenas á la ciencia de las leyes el cumplimiento de sus deberes civiles y religiosos; presentar breves observaciones sobre la tramitación de las causas matrimoniales y dar algunas muestras de solicitudes y diligencias judiciales para los varios casos que puedan ocurrir."—2. TRATADO DE CONTABILIDAD FISCAL, por don Baldomero de la Cruz, entregas 1.ª á 10, Imp. de *La Época*, Santiago.—Esta obra contiene un plan uniforme de contabilidad para las oficinas de hacienda de la República, y sus antecedentes se explican en los siguientes párrafos de su Prólogo: "El motivo principal que me ha impulsado á escribir la presente obra es el deseo de indicar un camino que conduzca fácilmente á la realización del objeto que el Legislador ha tenido en vista en las leyes de 20 de enero de 1883 y de 16 de septiembre de 1884, relativas á la Dirección de la Contabilidad y del Tesoro, y á los Presupuestos y Cuenta de Inversión."—"El Legislador ha querido que en un momento cualquiera sea fácil conocer la situación de la Hacienda Pública, y ha ordenado que esa situación se ponga en conocimiento del Gobierno mensualmente; debiendo también presentarse en los primeros meses de cada año la Cuenta de Inversión relativa al año anterior."—"Para llenar este propósito del Legislador existen actualmente dificultades graves, nacidas de la falta de un plan uniforme de contabilidad en todas las oficinas fiscales."

REPÚBLICA ARGENTINA.—REVISTA JURÍDICA, de Buenos Aires, publicación mensual del Centro Jurídico y de Ciencias sociales.—Hemos tenido el gusto de recibir los dos primeros tomos de esta *Revista*, correspondientes á 1884 y á 1885, y los números de los tres primeros meses del corriente año. La publicación empezó en enero de 1884, y su dirección permanece confiada á tres miembros de la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

referida sociedad. Cada número consta generalmente de 40 páginas: el tomo primero contiene 518, y el segundo 770 páginas.—"Como órgano periódico del Centro Jurídico y de Ciencias sociales, dice el programa del primer número de 1884, esta *Revista* no tendrá por límite el círculo de tal ó cual rama del Derecho, sino que reflejará todo cuanto pertenece, por su filiación científica, á la fisiología política, civil y económica de la sociabilidad argentina."—"Es evidente, empero, que siendo fuentes generales de toda jurisprudencia el Derecho Natural y la Legislación Comparada, la Filosofía del Derecho y el Derecho Histórico, asignaremos á estas ciencias el lugar que por su importancia les corresponde."—"Tanto en dichas materias, como respecto de la Economía Política, desdeñaremos los trabajos meramente especulativos, dando preferencia á los que revistan utilidad práctica ó didáctica, y á los que denoten ser de positiva trascendencia, de acuerdo con el desarrollo jurídico ó rentístico de la nación."—"Por lo que toca al Derecho Constitucional, también buscaremos monografías más ó menos concretas que, desviándose de la doctrina pura, ó de su crítica apasionada, ilustren con nuevos sistemas la ciencia política de la República, tendentes á fecundizar los grandes principios del *self government*."—"Y en materia internacional, consignaremos periódicamente los progresos del Derecho de Gentes de la Europa, siempre que tales adelantos puedan significar algo trascendental para las naciones de América, y sean adecuadas á las prácticas del Derecho Público de este continente."—Hemos registrado los trabajos publicados, y encontrado en ellos variedad y mérito científico: La Revista Jurídica está, por consiguiente, á la altura de los adelantos del Derecho en la próspera República trasandina, y del entusiasmo é ilustración de la juventud bonaerense. Obra suya es la asociación *Centro Jurídico y de Ciencias Sociales*, inaugurada en septiembre de 1882, y que cuenta actualmente entre sus miembros un gran número de estudiantes de Derecho y de abogados de aquel foro. Sus fines son los siguientes: 1.° cultivar y estimular el estudio de las ciencias jurídicas y sociales; 2.° fomentar el espíritu de asociación, constituyendo un centro que represente los intereses de gremio entre los socios; y 3.° publicar una Revista, órgano de la asociación. Entre los trabajos insertos nos han interesado vivamente los extractos de las conferencias dadas en la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la Universidad Nacional sobre Derecho Constitucional, por el doctor don Lucio V. López, catedrático del ramo, en que se dilucidan con brillo y con talento las teorías fundamentales del sistema representativo y muchos puntos de importancia en la Constitución argentina, sin olvidar las investigaciones históricas

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

del caso. Concluimos estas noticias exponiendo que el actual presidente del Centro es el doctor don David de Tezanos Pinto; y son directores de la *Revista* los doctores don Eugenio F. Abella, don Francisco J. Beazley y don Osvaldo Magnasco.

BRASIL.—O DIREITO, de Río de Janeiro, núms. 3 y 4 del volumen XXXIX, con los cuales concluye este tomo (15 de marzo y 15 de abril de 1886).—Continúa esta publicación siendo ilustrada por notables artículos de varios escritores fluminenses.

PERÚ.—1. BOLETÍN DE MINAS, INDUSTRIA Y CONSTRUCCIONES, de Lima, núms. 9 y 10, con que se terminó el tomo primero, y 1.° y 2 del corriente año.—2. ANALES DE CONSTRUCCIONES CIVILES Y DE MINAS DEL PERÚ, publicado por la Escuela de Construcciones Civiles y de Minas de Lima, tomo V, cuyo contenido es el siguiente: *Los edificios del antiguo Perú*, por don Pablo F. Chalón, 96 páginas y 6 láminas; *Legislación sobre privilegios industriales*, por don Alberto A. Elmore, 18 páginas; y *Apuntes sobre los trabajos del laboratorio de docimasia de la Escuela de C. C. y de Minas en 1885*, por don Pedro F. Remy, 16 páginas y 1 lámina.—Es recomendable la manera cómo se ha tratado la materia del segundo de estos trabajos, sobre todo por las numerosas noticias que trae sobre las legislaciones de los países más adelantados en punto á privilegios exclusivos, entre los cuales figura la chilena. Agradecemos al señor don T. Olaechea, secretario de la redacción del *Boletín*, tan importante obsequio.

ESPAÑA.—REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, de Madrid, número de enero del corriente año, correspondiente al tomo 68.—La dirección en 1886 corresponde al Excmo. señor don José María Manresa, magistrado del Tribunal Supremo de Madrid y escritor eminente. Es digno de notarse el importantísimo artículo titulado *La política y la administración*, por don Luis M. Miquel Ibargüen, verdadero tratado filosófico-práctico de Derecho Administrativo. Conjuntamente con este volumen hemos recibido el prospecto de la *Revista* para 1886, publicado por la casa editorial de esta empresa y que abraza las cinco partes siguientes: 1.ª Revista General de Legislación y Jurisprudencia; 2.ª Biblioteca Jurídica de la Revista General; 3.ª Biblioteca Jurídica de autores españoles; 4.ª Procesos célebres, y 5.ª Obras varias.

FRANCIA.—1. LA FRANCE JUDICIAIRE, de París, núms. 3, 4 y 5, correspondientes á enero, febrero y marzo del corriente año.—Se registra en el primero de estos números un artículo sobre las cuestiones tratadas en la sección de Derecho Marítimo del Congreso de Derecho Comercial de Anvers.—2. REVUE DE DROIT COMMERCIAL, INDUSTRIEL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ET MARITIME, de París, núms. 1.°, 2 y 3, correspondientes á enero, febrero y marzo del año actual.—Con el título *De la libertad en la tasa del interés del dinero en materia comercial*, se comenta la reciente ley francesa de 12 de enero de 1886, cuyo artículo único dice como sigue: «Las leyes de 3 de septiembre de 1807 y de 19 de septiembre de 1850, en sus disposiciones relativas al interés convencional, quedan derogadas en materia de comercio, y permanecerán en vigor sólo en materia civil.» El articulista considera esta ley como un paso dado en la vía de una reforma más completa, que ha de traer en poco tiempo más la libertad en la tasa del interés convencional, aun en el Derecho civil.

ITALIA.—RIVISTA PENALE, de Bolonia, consagrada á la doctrina, la legislación y la jurisprudencia del Derecho Penal, núms. 9, 10, 11 y 12.—Su dirección corre á cargo del profesor universitario de aquella ciudad, don Luigi Lucchini, que cuenta con la colaboración de los más eminentes jurisconsultos de todos los pueblos de Europa. Conocíamos ya esta *Revista* por los elogios que á porfía le tributan las revistas jurídicas españolas. En justicia, estamos obligados á confirmar esos elogios, pues, en efecto, la *Rivista Penale* es un repertorio de la ciencia penal de lo más completo que existe en nuestros tiempos. Sus ilustrados artículos científicos, sus datos sobre el régimen penitenciario y sobre la legislación criminal de la Europa, pueden ser consultados con interés y con fruto por los criminalistas y hombres de gobierno que deseen estar al cabo de los progresos del Derecho Penal y de los sistemas carcelarios. Su director es un especialista de la ciencia, jurisconsulto y escritor, y ha presidido la publicación de los veintitres volúmenes de tan acreditada *Revista*, uno de esos monumentos levantados por los jurisconsultos para gloria de la patria y beneficio de la humanidad.

LA DIRECCIÓN.

ERRATA NOTABLE DE ESTE NÚMERO

Páj. 10, lín. 15—Dice papeles, debe decir, penales.

IMP. CERVANTES. Bandera, 73

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO II Santiago, 1.º de julio de 1886 NÚM. 2

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Don Antonio Varas, por E. C. L.—Notas Editoriales: Los Proyectos de Código de Enjuiciamiento Civil y Criminal.—De las competencias entre la autoridad administrativa y la judicial, original, por don Antonio Varas.— Verdadera inteligencia de la ley de 3 de agosto de 1876, por don José Victorino Lastarria.—Una frase errónea en el Derecho Constitucional, por Catórzoma.—Cuestión de Derecho Internacional Privado, por don Paulino Alfonso.—¿Es delito el acto de presentarse á votar con calificación ajena? por don Abelardo Duvanced.—Interpretación del artículo 397 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, por don Bernardino A. Vila.—Los actos de comercio en el nuevo Código italiano (continuación), por don Moisés Vitalevi.

DON ANTONIO VARAS

El 3 de junio último falleció este ilustre estadista y jurisconsulto. Siendo muy conocida su biografía, nos limitaremos á reseñar brevemente sus más importantes rasgos, considerando con particularidad los aspectos de legislador y de hombre de ciencia que distinguen la figura del señor Varas.

El señor Varas ha dejado su nombre ligado á la historia patria en un período de cerca de medio siglo.

La política y la administración tuvieron su consagración casi exclusiva. Ocupó los más altos puestos públicos, y será siempre un recuerdo honroso para él y ejemplar para sus conciudadanos la renuncia que hizo de la Presidencia de la República en 1861.

Rector del Instituto Nacional, Ministro del Despacho, Consejero de Estado, miembro del Senado y de la Cámara de Diputados, visitador judicial, director de la Caja Hipotecaria, en todas partes el señor Varas dejó

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pruebas elocuentes de su laboriosidad y patriotismo, de sus talentos y sus virtudes personales y cívicas.

En el gobierno fué un sostenedor resuelto é inflexible del principio de autoridad bajo las formas constitucionales de 1833, el cual modificó en los últimos treinta años de su vida pública, en la medida de las necesidades del país y del progreso humano.

Dedicó los primeros años de su vida al estudio de las matemáticas y de las leyes, alcanzando por sacrificios penosos y su indomable energía el doble título de agrimensor y abogado.

Cultivó la jurisprudencia en todos los momentos en que no solicitaban su tiempo los negocios públicos, y hasta en los últimos días de su vida.

Sus trabajos son numerosísimos; y aunque una exajerada modestia le imponía la regla de ocultar su nombre, es deber nuestro, en esta ocasión, dar por terminado nuestro compromiso de guardar silencio, y contribuír así, desde luego, á la gloria que la gratitud nacional ha discernido sobre la frente de tan esclarecido compatriota.

El señor Varas fué uno de los más entusiastas y generosos colaboradores de esta publicación. Apenas empezada ésta, ofreció espontáneamente una serie de trabajos inéditos que han sido insertos en la REVISTA sobre la firma de O. S., conforme á su voluntad (1).

El señor Varas había emprendido una publicación del mismo género de la presente en 1884, con el título de *Revista Jurídica*, cuyo primero y único número apareció por la imprenta de LA ÉPOCA. Todos los artículos eran escritos por él y no tenían firma. Murió, según nos decía con sentimiento el señor Varas, víctima de esa

(1) El último de esos trabajos aparece en el presente número. Los demás se insertaron en los números 6, 7, 8 y 13, tomo I; y 1.°, tomo II.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

anemia que consume y que es peor que la hostilidad franca y abierta, la indiferencia pública.

Comprendía la necesidad de una publicación forense, y por eso, con una magnanimidad que no es común, ofreció todos sus artículos de jurisprudencia á la nueva REVISTA, á la vez que sus consejos y su experiencia.

Es un deber de justicia de la Dirección de esta REVISTA expresar su admiración agradecida al digno jurisconsulto por tan señalados favores, tan eficaces y poderosos estímulos.

El señor Varas era además un humanista distinguido y estaba dotado de aquella ilustración que produjo tan grandiosos beneficios en la administración chilena. La instrucción pública le es deudora de su progreso inicial. Tenía por el Instituto Nacional ese cariño que á tan hermoso plantel de la educación popular consagraron los padres de la patria.

En la Universidad era miembro de la Facultad de Filosofía y Humanidades y de la de Leyes y Ciencias Políticas.

La legislación chilena le debe un vigoroso impulso. Afianzadas las instituciones, garantido el orden constitucional y la paz interior hasta imponer como axioma del patriotismo la idea de que toda revolución armada es imposible entre nosotros, el señor Varas comprendió la necesidad de dar garantías, por medio de la ley, á la libertad individual, por más que reconocía que no eran propicios á este fin ni las costumbres ni los hábitos de la raza á que pertenecemos. En 1870 presentó el señor Varas á la Cámara de Diputados un proyecto de ley tendente á este objeto, con un preámbulo explicativo, que se recomiendan por su ciencia, sus nobles y patrióticos propósitos, sus juiciosas y profundas observaciones. Este proyecto vino á ser ley de la República, con

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

modificaciones que en parte lo desvirtuaron, el 25 de septiembre de 1884.

Las otras leyes que deben al señor Varas su concurso inteligente y previsor son principalmente la de 27 de julio de 1865, interpretativa del art. 5.º de la Constitución; la de contribuciones y presupuestos, sobre todo la primera, con su tenaz empeño por la enumeración de las contribuciones fiscales y municipales en la ley periódica que las autoriza cada diez y ocho meses; las leyes de reforma constitucional de 1874; el Código Penal y la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales; la ley de 9 de enero de 1879, sobre instrucción secundaria y superior; las de administración de los ferrocarriles del Estado y de reorganización de las oficinas de hacienda. El proyecto sobre los recursos de casación, presentado durante la administración del señor Pinto, le debe discursos en que brilla todo su talento de jurisconsulto.

El estilo del señor Varas es eminentemente personal. Hay en él una poderosa forma de expresión de conceptos que nacen de un alma reflexiva y pensadora, y una admirable claridad. Sin embargo, castigaba tanto la redacción, que ni después de publicados sus escritos quedaba enteramente satisfecho de ella.

Nos decía en una ocasión que «jamás había simpatizado con la carrera literaria». Y no obstante, en muchísimas de sus producciones existe ese estilo brillante, conceptuoso y natural que un literato de profesión envidiaría. Comprobando esta aserción, concluiremos estas líneas transcribiendo algunos párrafos de su discurso de incorporación á la Facultad de Leyes, el 1.º de abril de 1857, que versó sobre la misión social del Juez.

«Ese ministerio tan augusto ¡cuántas dificultades no presenta para su digno desempeño! ¡qué conjunto de cualidades sobresalientes no debe reunir el Juez en su per-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sona! Órgano de la ley, es necesario que sea impasible como ella. Al pronunciar sus fallos, sólo debe dar oídos á la verdad y á la justicia: ante ella debe sacrificar sus más caras afecciones, sus intereses: debe olvidarse de sí mismo y arrostrar sereno las enemistades, los odios, la maledicencia, la persècución, la muerte misma. En ocasiones el grito de pasiones exaltadas pregonará su infamia, ahogará la voz del corto número que pudiera desmentirlo; y el Juez se sentirá marcado en la frente por la opinión extraviada, y cuando todos le condenan y sólo le queda el testimonio silencioso de su conciencia, deberá hallar en sí mismo la fuerza de alma que ha menester para llenar dignamente su puesto.

"En otras las invasiones de una autoridad despótica, que sobre los derechos de la justicia, quiera hacer prevalecer su voluntad, sus caprichos, le someterán á duras pruebas, le impondrán sufrimientos penosos, que, sin embargo, habrá de arrostrar impávido y sereno.

"En esas luchas ¡cuántas veces no se sentirá desfallecer! ¡cuántas veces no necesitará decirse á sí mismo *nunc animis opus, nunc pectore firmo!*"...

"Pero hay en el celo, en el mismo amor á la justicia peligros contra los cuales el Juez debe estar prevenido, y que la conciencia clara del deber está llamada á conjurar. *No por perseguir el crimen ha de poner en tortura al acusado con investigaciones odiosas y temerarias;* no por conocer los hechos sobre que debe fallar, ha de hollar todo sentimiento, atropellar todo miramiento, todo respeto debido á vínculos naturales que todos acatamos."...

"Si la falta de ese espíritu de que he hablado es un defecto, no lo es menos la lenidad, la débil contemplación que desvirtúa la justicia y enerva la acción de la ley. Por desgracia, este defecto tiene sus atractivos, porque antes que revestir la severidad que retrae, nos inclina-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mos á la benignidad que cautiva los corazones. El mal es todavía más grave cuando el Juez aspira á la reputación de bondadoso, cuando busca el aplauso, no en el severo cumplimiento de su deber, sino en complacer, según los tiempos y circunstancias, á quien puede tributarlo en mayor escala. Entonces la justicia estricta del magistrado se quiere convertir en la paternal del padre de familia; y el carácter severo de ministro de la ley, en el de dispensador de sus gracias. El deseo de complacer, el de obtener aplausos, hacen buscar la regla de conducta fuera de la ley y de la conciencia, únicas guías á que el Juez puede entregarse con confianza. Los principios del deber se relajan, la integridad se debilita, y el Juez verá disminuir su fuerza moral, en que consiste principalmente la eficacia del poder que ejerce.»

E. C. L.

NOTAS EDITORIALES

Los Proyectos de Código de Enjuiciamiento Civil y Criminal.—He aquí como se expresa el discurso presidencial del 1.º de junio último sobre tan importante materia:

«Atendido el empeño que la Comisión consagraba al estudio y revisión del Código de Procedimiento Civil, creí que habría podido someterlo, en el año pasado á vuestra aprobación; pero, desgraciadamente se imposibilitó primero para el trabajo, y falleció en seguida, el jurisconsulto encargado de la redacción. Atrasado el Código por esta circunstancia, espero que, designada como ha sido ya la persona que debe reemplazar al antiguo secretario, la Comisión volverá á reanudar sus tareas

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

con el mismo entusiasmo y á terminarlas en breve, puesto que sólo se trata de dar la última mano y la debida compaginación á un Código que viene elaborándose de tiempo atrás.

"Á pesar del empeño que he puesto por que se dé principio á la redacción del Código de Procedimiento Criminal no se ha logrado hasta el presente preparar un trabajo capaz de ser sometido al examen de una Comisión. Hoy espera el gobierno que un trabajo de esta especie, que debe rozarse con nuestros hábitos y costumbres, y que demanda especialidad de conocimientos y de investigaciones, sea desempeñado por un jurisconsulto que lo entregará al estudio de una Comisión cuando esté terminado."

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

DE LAS COMPETENCIAS ENTRE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA Y LA JUDICIAL

I.—De lo que son las competencias

Las competencias entre la autoridad administrativa y la autoridad judicial, que de tiempo en tiempo y con más frecuencia de lo que conviniera, surgen con harto menoscabo de la justicia y con poco provecho para la administración, reclaman y merecen que alguno se ocupe de lo que á ellas concierne; sea para llamar la atención y excitar el celo de los que pudieran provocar, con esperanza de éxito, una ley que las organice y regle, consultando á la vez el interés de la justicia y el de la administración; sea para búscar en el estudio de la institución misma y en las disposiciones constitucionales que organizan los poderes públicos y determinan sus atribuciones, principios y doctrinas que suplan la falta de reglas expresas y sirvan de guía y correctivo á prácticas que no siempre se armonizan con lo que son en sí las competencias ni con la independencia del poder judicial.

Dictar una ley sería, sin duda, el medio más seguro y eficaz de satisfacer una necesidad que no es de ahora, que hace muchos años se siente, y estimando la verdadera importancia de esa mejora, no podemos menos de expresar nuestro deseo de que el Legislador ó el Gobierno piense alguna vez en llenar ese vacío de nuestra legislación. Nos explicaríamos el poco interés que se ha mostrado por dictar una ley, que regle las competencias, si fuera cosa de poco momento sustituir la acción regla-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

da y garantida de la justicia á la acción arbitraria y discrecional de la administración para la decisión de cuestiones que afectan la libertad personal y la propiedad, y á veces, la honra; ó si esta obra requiriese un tiempo que pocos pudiesen consagrarle ó impusiese una tarea que, sin preparación especial, fruto de largos estudios, no se pudiese llevar á cabo. Todo lo que tiene por objeto garantir derechos, es de importancia indisputable, y una ley sobre la materia no sólo á este fin respondería. No han sido tan raros los casos de autoridades administrativas, que han cedido á la tentación de sustraerse á la responsabilidad de actos arbitrarios, entablando competencias que la falta de reglas expresas sólo autoriza y explica, y en bien y en honor de la administración, conviene que la ley prevenga estos abusos y que liberte, al mismo tiempo, al Gobierno de la necesidad, en que circunstancias particulares pudieran colocarlo, de amparar medidas abusivas, porque tal vez sólo se revela en ellas un celo indiscreto ó imprudente.

Una ley sobre contiendas de competencias podría abrazar en pocos artículos todo lo que es necesario establecer, y no habría necesidad de otro trabajo que el de adaptar á nuestro régimen y á nuestras circunstancias, algunas de las buenas leyes dictadas en otros países. El ejercerse la autoridad administrativa y la autoridad judicial sobre la misma sociedad, sobre los mismos individuos, es lo que á las contiendas de competencia da origen, y esas condiciones son comunes á todos los países constituidos.

La tarea es, pues, de simple adaptación á las circunstancias del país, al modo de ser y al carácter particular de sus instituciones, y sin embargo de no ofrecer dificultad, el vacío de nuestra legislación continúa subsistiendo.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Que la iniciativa individual de los miembros del Congreso nada haya hecho, lo comprendemos. La experiencia adquirida es desalentadora... proyectos nacidos de la iniciativa individual permanecen años en las secretarías de las Cámaras. Mas no nos explicamos igualmente que los que pudieran con eficacia poner término al mal, mantengan el orden de cosas actual, que podrían corregir con muy poco esfuerzo.

Los que, para concurrir á lo que reputamos una mejora, no podemos emplear el medio eficaz de que acabamos de hablar, tentamos el que está á nuestro alcance para contribuir al menos á disminuir los inconvenientes de la falta de reglas expresas.

A.—El vacío de nuestra legislación en la materia es completo. No hay ley que determine en qué casos puede entablarse competencias por la autoridad administrativa, ni qué funcionarios pueden promoverlas, ni en qué tiempo, ni en qué forma, ni cuáles son los efectos que su interposición produce. Fuera de la disposición constitucional que llama al Consejo de Estado á conocer de las competencias, la ley de 1838, que atribuye al Intendente la calificación de si los excesos de los empleados de policía en el ejercicio de sus funciones autorizan ó no su enjuiciamiento, y la de abril del mismo año, que sujeta la resolución del Intendente á la revisión del Consejo de Estado, no conocemos otra que sobre esta materia disponga.

Consecuencia de la falta de leyes ha sido el que se haya aplicado por analogía á las competencias entre autoridades administrativas y judiciales, las disposiciones relativas á las competencias entre jueces ó tribunales. Leyes dictadas teniendo presente la jurisdicción propia de jueces ó tribunales, no podían ser del todo aplicables á las competencias en que figuran autoridades administrativas,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que ejercen atribuciones de muy diferente índole. Ellas han podido servir de guía en cuanto al modo de promover y seguir las competencias hasta someterlas al Consejo de Estado, es decir, en lo que se refiere á la forma, al procedimiento. La parte sustancial, la más importante, ha quedado sujeta á la apreciación discrecional de las autoridades que las promueven. La intervención del Consejo de Estado ha sido la verdadera garantía y el único correctivo contra competencias que sólo podían producir el efecto de entorpecer la acción de la justicia, sin ventaja para la administración. Este cuerpo, de ordinario consecuente, ha tomado por base en sus resoluciones lo que son en sí las competencias y las disposiciones constitucionales y legales, que determinan ó reglan las atribuciones de las diversas autoridades constituidas. Tomando ese mismo camino, recurriendo á la misma fuente, nos proponemos desarrollar la doctrina que esas resoluciones establecen, y que á nuestro juicio pueden suplir en parte la falta de una ley sobre la materia.

B.—Toda contienda de competencia supone dos jueces ó dos autoridades administrativas, ó un funcionario administrativo y un juez que se consideran llamados por la ley á conocer y resolver sobre un negocio dado y que se disputan su conocimiento. La materia de la competencia es una cuestión ó un negocio por resolver, y la contienda se traba entre dos autoridades, cada una de las cuales pretende que ella es la facultada por la ley para conocer y resolver. Esa facultad es el fundamento de la contienda que hace particularmente valer la autoridad que la promueve y sin la cual carecería de título para entablarla. No se comprendería que reclamase el conocimiento de un negocio una autoridad á que la ley no facultase para conocer de él, aunque tampoco tuviese

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

facultad para ello la autoridad contra la cual se reclama. La falta de facultad que obsta para que ésta conozca, obsta también á que conozca aquélla.

En el orden judicial, un juez en lo civil que no tiene jurisdicción sobre negocios de hacienda, no podría entablar competencia, aun requerido, á un juez del crimen que, no obstante carecer de jurisdicción de hacienda, conociese ó tratase de conocer de un pleito de esta clase. Si es verdad que el juez del crimen carece de jurisdicción para conocer de un negocio de hacienda, también lo es que un juez en lo civil carece de esa jurisdicción y no podría pretender conocer de un negocio que la ley no le atribuye. En estos casos podrá, sin duda, objetarse la incompetencia del juez del crimen, y la parte interesada oponer la declinatoria de jurisdicción para impedirle que conozca. Mas el fiscal, que en el caso propuesto podría declinar de la jurisdicción del juez del crimen, no podría, sin embargo, entablar competencia.

Lo que ocurre en lo especialmente judicial, puede ocurrir también en el orden administrativo. Si una autoridad administrativa entrase á conocer de un negocio que no está comprendido en sus atribuciones, no podrá otra autoridad administrativa promoverle contienda de competencia, si la ley no atribuye á ella su conocimiento. Y en orden á las competencias que nos proponemos examinar, si un Intendente tratase de juzgar y aplicar penas al culpable de un delito, el juez del crimen sería el llamado á promoverle contienda de competencia, porque la ley le atribuye el conocimiento y juzgamiento del delito; pero un juez en lo civil, que carece de jurisdicción criminal, no puede promover competencia al Intendente, no obstante la incompetencia de éste.

El mismo pensamiento domina la disposición constitucional que da al Consejo de Estado el encargo de co-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nocer de las competencias. El inciso 5.º del artículo 102 dice que corresponde al Consejo de Estado conocer de las competencias que ocurrieren entre las autoridades administrativas y los tribunales de justicia; dispone en el concepto de que un tribunal de justicia conozca ó pretenda conocer de un negocio determinado, y que una autoridad administrativa le dispute su conocimiento por considerarse llamada por la ley para conocer y resolver sobre él. Si la ley no atribuye á la autoridad administrativa el conocimiento del negocio sobre que la competencia recae, carece de fundamento para entablar competencia; y si la entablase, no puede ser aceptada, aun cuando la autoridad que está conociendo no sea la llamada por la ley á conocer y resolver.

C.—Toda contienda de competencia entre la autoridad administrativa y la autoridad judicial, envuelve un conflicto de atribuciones ó facultades que la autoridad, llamada á decidir aquélla, debe resolver en vista de la esfera de acción que la ley señala á cada una de estas autoridades.

Mas ¿cuál es esta esfera de acción? Si puede caracterizarse de un modo general la función propia de la autoridad administrativa; si puede establecerse que á esta autoridad incumbe la conservación, cuidado y promoción de los intereses comunes de la sociedad, no sucede lo mismo cuando se trata de determinar hasta dónde, persiguiendo ese fin, puede extenderse su acción, ni hasta qué punto caen bajo de ella la persona y bienes del ciudadano. La función de administrar puede afectar á las personas y á los intereses de los particulares; y las cuestiones que éstos promuevan pueden entorpecer la acción de aquélla hasta hacerla imposible en las condiciones de independencia y de expedición, que por su naturaleza reclama. De aquí es que en varios países, dando una im-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

portancia exajerada á la independencia de la administración, se considera como parte del poder de administrar el decidir esas cuestiones para llenar su fin. Bajo este punto de vista, está entre nosotros limitada la administración por la disposición constitucional que declara, de un modo general, del dominio exclusivo de los tribunales de justicia conocer y juzgar de las causas civiles y criminales. Esta limitación requiere explicación.

Hay causa criminal cuando se trata de la persecución y castigo de un acto que la ley califica de *delito* y al cual señala pena, y causa civil cuando se trata de decidir una contienda entre partes sobre derechos privados. Mas, aunque toda contienda criminal suponga una infracción de regla establecida, y toda causa civil una resolución que afecta intereses particulares, no siempre que hay esa infracción y que se dictan resoluciones que afectan intereses particulares, se trata de negocio de competencia exclusiva de la autoridad judicial. Cuando el director de un establecimiento nacional de educación castiga las faltas que los alumnos cometan contra el régimen escolar; cuando el jefe de una oficina, usando de facultades que le pertenecen, aplica multas ó suspensiones á los empleados de su dependencia para mantener la regularidad y puntualidad en el desempeño de sus respectivos cargos; cuando el jefe de un cuerpo de policía ó de jornaleros, en conformidad á los reglamentos, dicta medidas correccionales para reprimir las faltas contra el servicio ó contra el régimen del cuerpo, de que se hiciesen culpables sus subalternos, hay, sin duda, infracción de regla establecida, pero no hay acto que la ley califique de delito y al cual señale pena, de que la justicia deba conocer. Estas infracciones de regla establecida no son actos que comprometan el orden social, sino faltas al régimen del establecimiento ó institución, que pertenecen al orden

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

interno, que reclaman, no resolución del juez, sino medidas destinadas á mantener el régimen y buen servicio, que debe dictar la autoridad á que el establecimiento ó institución estuviese confiada, en cumplimiento de deberes que particularmente le incumben.

Tampoco se pronuncia sobre causas civiles ni decide contienda entre partes sobre derechos privados, la autoridad administrativa que con arreglo á la ley destituye á un empleado por ineptitud ú otro motivo que haga inútil ó perjudicial su servicio; ó la que concede ó niega permiso para hacer construcciones en sitios del dominio nacional, como playas, calles, etc., aunque habiendo varios que lo soliciten, dé preferencia á uno de ellos; ó la que consultando la salubridad ó comodidad de las poblaciones, rectifique la línea de los edificios, ó levante ó rebaje el piso de las calles ó plazas, aunque estas medidas afecten intereses particulares ó desmejoren la condición en que los vecinos se hallaban antes de dictarlas. Todos éstos son actos de administración general ó local que corresponde ejecutar á la autoridad administrativa, á virtud del deber que le manda cuidar los intereses comunes; y que si afectan intereses particulares, no se ejecutan con ese fin, ni privan al particular de cosa que le pertenezca y que forme parte de su patrimonio.

Fuera de estos casos en que la justicia y la administración siguen procedimientos análogos, porque ambos conocen, es decir, indagan, investigan, y en virtud del resultado de la investigación resuelven, hay muchos otros en que la administración es llamada á ejercer actos que ninguna analogía tienen con los que son propios de la autoridad judicial. Así, por ejemplo, cuando para poner á cubierto á las personas de peligros que las amenazan, ó cuando con motivo de un incendio, una inundación ú otra calamidad pública, la autoridad administra-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tiva, en cumplimiento de su deber, toma medidas, dicta órdenes que temporal y transitoriamente restringen la libertad individual, el libre ejercicio de los derechos de propiedad, no castiga delitos ni decide contiendas, y los actos que ejecuta no podrían sujetarse á las formas judiciales sin comprometer y aun sacrificar el mismo interes común que se tenía en mira amparar.

Otro tanto diremos cuando la administración dirige y maneja los diversos servicios públicos, casos en que ejerce funciones de verdadero administrador, por su índole incompatible con las funciones propias de los jueces.

La disposición que atribuye á la autoridad judicial las causas civiles y criminales, cuando los hechos se presentan con caracteres manifiestos, no ofrece dificultad. Pero á veces hechos de la misma clase pueden ser materia de simple medida administrativa ó de causa civil ó criminal, y según el punto de vista en que se les mira, pertenece á la autoridad judicial ó á la administrativa su conocimiento. En este caso, para decir cuál es la autoridad competente, habrá de tomarse en consideración el interés que la acción de la autoridad reclama y el fin ú objeto que al ejercerla debe tenerse en mira.

Es tan vasto el campo en que la administración se ejercita, tan variados y diversos los casos que su acción reclama, que no es posible deducir de ellos principios que puedan guiar en la materia que nos ocupa. Ya que esto no es posible, es necesario buscar, en los caracteres que distinguen la función de juzgar y la de administrar auxilio para determinar el dominio propio de una y otra autoridad.

La función de juzgar tiene por fin inmediato y directo castigar al culpable de un delito, ó decidir una contienda entre partes, y sólo de una manera mediata concurre á asegurar el orden social como interés común; produce

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

efectos, no transitorios, sino estables; por regla general, sólo se ejerce á requisición de parte, aplica la ley sin tener para qué tomar en cuenta lo que exigirían consideraciones de conveniencia, y está sujeta á formalidades de que no se podría prescindir sin desnaturalizarla. La función de administrar tiene por fin directo é inmediato cuidar y promover intereses comunes, generales ó locales; sus actos no importan castigo ni decisión de contiendas privadas: tiene por objeto allanar los embarazos que entorpecen la libre acción de la administración; los efectos que produce carecen de estabilidad y pueden ser cambiados ó modificados, según las circunstancias; obra con iniciativa propia y apreciando discrecionalmente lo que exige el interes común que le incumbe cuidar y promover; y no necesita sujetarse á forma para dar eficacia á su acción. Estos caracteres permitirán apreciar, en vista de los hechos, cuál es la autoridad á que corresponden. Excusado parece advertir que consideramos las funciones de juzgar y de administrar en lo que les es característico y esencial; lo que no excluye que, dentro de ciertos límites, en lo que es interno y económico, la autoridad judicial ejerza funciones de carácter administrativo.

D.—La decisión de las contiendas de competencia ofrece entre nosotros otro género de dificultades, nacidas de la existencia de leyes que atribuyen funciones judiciales á la autoridad administrativa. No tenemos para qué ocuparnos de leyes que de ese vicio adolecen, dictadas durante el régimen español, y que deben considerarse virtualmente derogadas por la Constitución. No sucede lo mismo con las leyes dictadas bajo el imperio de la Constitución y que confieren á la autoridad gubernativa funciones judiciales. Ellas crean á dichas autoridades una situación que debe embarazarlas sériamente,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y también embarazos para la resolución de las competencias. Por una parte, el texto literal de la ley las llama á ejercer funciones judiciales, y, por otra, la Constitución las inhibe de ejercerlas. El tenor literal de la ley es la regla, y hay sério peligro en dejar á cada autoridad que la ha de aplicar la calificación de su constitucionalidad para darle ó no cumplimiento. Duro es obligar á un juez ó á una autoridad administrativa á conformarse á un acto legislativo que según la Constitución no tiene valor; sin embargo, el principio generalmente reconocido es que el que aplica la ley no es llamado á juzgarla sino á darle cumplimiento. Mas este inconveniente de indisputable gravedad, tratándose de leyes que reglan derechos ó que disponen sobre garantía de estos derechos, es de poca importancia tratándose de leyes que confieren funciones á la autoridad, y que ésta puede abstenerse de ejercer sin comprometer ningún derecho ni perturbar en materia grave la marcha de la administración. La autoridad, absteniéndose, se mantiene en el terreno constitucional, y la necesidad de intervención judicial que en el caso reclama no quedará desatendida. Se ocurrirá al juez ó tribunal á que, según los principios generales, corresponda. Estas consideraciones nos inducen á pensar que, no obstante esas leyes, debe aplicarse la disposición constitucional que declara del dominio de la justicia el castigo de los delitos y la decisión de toda contienda entre partes, y que, conforme á esta disposición, deben decidirse las competencias.

Las observaciones que preceden nos las sugieren particularmente varios reglamentos que tienen fuerza de ley, dictados por el Gobierno con autorización del Congreso, relativos á contribuciones municipales. Ellos confieren á la autoridad administrativa facultad para expedir, contra todo contribuyente que nó pagare, decreto de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pago, de ejecución y embargo, empleando la fuerza pública para llevar á efecto el remate de las especies embargadas, funciones todas propias de los jueces. Ningún recurso se concede al contribuyente contra esa resolución: si alegare que no está obligado al pago por cualquiera causa, el Intendente, que representa á la Municipalidad, decide que existe una obligación á su favor. No hay sólo una contienda entre partes que el Intendente resuelva, sino una contienda que resuelve el que á nombre del acreedor cobra, es decir, una de las partes en el litigio.

Como los reglamentos á que hemos aludido no han sido derogados, suponemos que se observan las disposiciones á que nos hemos referido. Sabemos, sin embargo, que algunos Intendentes han creído que debían abstenerse de ejercer esas funciones judiciales, y que para suplir la intervención que los reglamentos les atribuían, han introducido ó autorizado prácticas que están muy lejos de ser correctas. El decreto de pago contra el contribuyente en retardo, lo expide el juez del crimen en vista del parte del recaudador, y él mismo expide más tarde el de ejecución y embargo. El que se niega á pagar una contribución, se niega á cumplir una obligación puramente civil, y resolver sobre si está ó no obligado y el decretar medidas de apremio para el pago, es de la competencia del juez civil. Esta función esencialmente civil la ejercen los jueces del crimen, atribuyéndose una jurisdicción que la ley no les confiere, sin hacer alto en que se trata de negocios civiles, en que no pueden interponer su autoridad sino á requisición de parte. Los jueces, al adoptar esas prácticas, parece que no se han dado cuenta de su incompetencia, y de la irregularidad con que obran procediendo de oficio. Han mirado la negativa al pago de una contribución como una

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

falta de policía de que les corresponde conocer. Esto no sería una excusa sino un nuevo error. El no pago de una contribución es la negativa al cumplimiento de una obligación civil, supone una contienda entre partes sobre derechos privados, que no es de la competencia del juez del crimen.

Pasamos ahora á ocuparnos de la manera de reglar las contiendas de competencia. Á qué funcionarios corresponde entablarlas, en qué tiempo y en qué forma deben interponerse ó resolverse y cuáles son los efectos de su interposición y decisión, son los puntos que importa examinar. Esta es la materia de la segunda sección de este trabajo.

O. S.

(✠ Antonio Varas)

VERDADERA INTELIGENCIA DE LA LEY DE 3 DE AGOSTO DE 1876 (1).

Para determinar con precisión el sentido de esta ley, no es posible encontrar un criterio fijo en la práctica de los tribunales que la aplican diariamente, porque precisa-

(1) Por cuanto el Congreso Nacional ha aprobado el siguiente

PROYECTO DE LEY:

Artículo 1.° En todos los procesos criminales que se siguieren por homicidio, hurto, robo, incendios y accidentes de ferrocarriles, tanto los jueces de primera instancia como los Tribunales superiores apreciarán la prueba con entera libertad, y absolverán ó condenarán al reo, según creyeren en su conciencia que es inocente ó culpable.

Art. 2.° Quedan sin aplicación á los procesos de esta clase todas las leyes relativas á la apreciación que los jueces deben hacer de la prueba en causas criminales.

Art. 3.° El culpable de robo ó de tentativa de este crimen, será castiga-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mente, por su propia arbitrariedad, se aplica siempre de distinto modo, aun en casos análogos ó iguales.

Se pueden estudiar singularmente y en conjunto todas las sentencias que aparecen fundadas en esta ley en la GACETA DE LOS TRIBUNALES, sin que tal estudio nos dé luz alguna. Hay casos idénticos fallados en sentidos opuestos, porque el juez aprecia, según el estado de su conciencia, las pruebas, aunque éstas sean iguales; ó porque en unos casos admite como pruebas las que no lo son, y viceversa en otros.

Sobre el modo de apreciar las pruebas, no hay regla, porque hay arbitrariedad, pues el juez absuelve ó condena al reo según lo crea, en conciencia, inocente ó culpable. Ya esto es monstruoso, pero en nuestro país se cree santo, porque el único medio que ha encontrado el legislador para perseguir ciertos delitos es borrar las leyes y convertir en ley la arbitrariedad judicial.

El gran principio de moral jurídica, según el cual es preferible absolver al delincuente que condenar al inocente, ha desaparecido en nuestra legislación, en virtud de la ley de 3 de agosto, sin embargo de que ese principio viene proclamándose desde antes de la era cristia-

do con la pena de muerte, siempre que al mismo tiempo se hiciere reo de homicidio, violación ú otra injuria grave de obra contra las personas.

ART. 4.° Los condenados por hurto ó robo serán castigados, además de las penas que á dichos delitos impone el Código Penal, con veinticinco azotes por cada seis meses de presidio.

En ningún caso se podrá imponer más de cien azotes en virtud de una misma sentencia.

ART. 5.° El Presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Estado, dictará los reglamentos que deben regir en la aplicación de las penas establecidas por la presente ley.

ART. 6.° La presente ley principiará á regir en toda la República veinticinco días después de su promulgación en el periódico oficial.

Y por cuanto, oído el Consejo de Estado, he tenido á bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto, promúlguese y llévese á efecto como ley de la República.—FEDERICO ERRÁZURIZ.—*José María Barceló.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

na. Eso puede ser cómodo para los que odian el delito y no compadecen al delincuente, como lo enseñaba la leyenda que antes se veía escrita en la portada de la cárcel de Santiago, coronando la estampa de Astrea. Puede ser cómodo para los que imaginan que la ley de 3 de agosto es un portento de sabiduría, porque en virtud de la arbitrariedad judicial tiene el inocente la seguridad de salvarse.

¿Pero quién puede asegurar al inocente, ni tampoco al culpable, que esa conciencia judicial, que absuelve ó condena, no sea, en la ocasión, gobernada por un estado bilioso, por una preocupación, por un error y hasta por un capricho de los que á menudo engendra el tedio de las discusiones, ó más bien disputas, que se sublevan en un tribunal colegiado?

De todos modos, desde que el juzgamiento se libra á la apreciación de las pruebas que el juez haga según crea en conciencia culpable ó inocente al reo, la decisión es arbitraria; y esta arbitrariedad no puede cohonestarse diciendo que el juez hace el oficio de jurado, porque no puede hacer tal oficio, desde que es juez de derecho.

Se sabe que el enjuiciamiento por jurados es una garantía, porque se funda en la separación de las dos funciones que constituyen el juicio, la apreciación del hecho y la aplicación de la ley. El jurado es el ciudadano que es llamado para declarar si un acusado es ó no culpable del hecho que se le imputa, y el tribunal ó corte que falla se forma con los magistrados oficiales que administran justicia según la ley.

Estas funciones no deben confundirse, y deben estar constantemente separadas, aunque ambas se encaminen al mismo fin. El carácter del juez es permanente y sus fallos no pueden tener otra norma que el texto de la ley, ante la cual deben desaparecer las opiniones personales

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que no estén fundadas en los principios que rigen la inteligencia de la ley, y tienen que enmudecer todas las sensaciones y preocupaciones particulares. El juez, dicen los prácticos, debe dedicar su vida entera al estudio de la ley, á profundizar su espíritu, á comentarla é interpretarla con el auxilio de la ciencia de la jurisprudencia, única guía de su conciencia, único criterio de sus fallos. Por el contrario, el jurado es un funcionario temporal, llamado para un negocio que le ha correspondido, es un par del acusado, que no lo es el juez, y su opinión es independiente de las reglas de la jurisprudencia. Su guía es su convicción, la que se forma con el examen de las pruebas del hecho, aún obedeciendo á las impresiones que este examen le produce, impresiones que el juez de derecho no puede abrigar y de las cuales debe huír con empeño para no distraerse de la mera aplicación de la ley, al hecho que se le da plenamente probado.

Esta es la doctrina de los países ingleses y de los demás que han adoptado el modo de enjuiciar por jurados. Mas no cabe en esta doctrina, ni en la facultad de deliberar que ella da á los jurados, de discutir para formarse una convicción, no cabe decimos, la arbitrariedad que nuestra ley de 3 de agosto de 1876 da á nuestros jueces de derecho. Compárese, si no.

Entre las reglas que sirven para la deliberación de los jurados ingleses, hay algunas como estas:

«6.ª Se presume que todo hombre es inocente hasta que se le haya *probado claramente* que en realidad es culpado...

«7.ª Debe el acusado disfrutar de la ventaja de tener en su favor todas las dudas, defectos é incertidumbres de las pruebas, puesto que la impunidad de cien personas culpadas es preferible á la condenación de un hombre inocente.»

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"10.ª Considerándose la resolución del pequeño jurado (el que resuelve) como la expresión de la verdad, es preciso que sea *unánime;* y conviene que sea así, á fin de que pueda ser responsable cada jurado de la justicia ó injusticia de su fallo ante su propia conciencia, ante las partes y ante el público.

"11.ª Es preciso que todo jurado tenga su ánimo libre de *prevenciones populares,* que esté alerta contra las del tribunal, y que únicamente decida sobre *los hechos, en virtud del testimonio de personas juramentadas y dignas de fe.*

"12.ª Debe asimismo *examinar escrupulosamente* hasta qué punto las declaraciones testimoniales confirman la imputación de un designio criminal; porque ningún acto puede reputarse por punible si no se comete con una intención siniestra." (Sir Richard Phillips, Poderes y ob., etc., cap. XIV.)

Entretanto, la ley chilena, dictada bajo la impresión de las preocupaciones populares que se levantaron en una época de frecuentes asaltos á la propiedad, como los que de tiempo en tiempo aparecen, como los que ocurrían en 1818, cuando el Delegado Supremo don Hilarión de la Quintana, dictó un bando castigando con la pena de muerte el robo que excediera de cuatro pesos; aquella ley, expedida bajo el régimen constitucional y normal de la República, ha dado á los jueces de derecho la facultad de absolver ó condenar al reo, según creyeren *en su conciencia* que es inocente ó culpable.

Y esto, aunque no se haya probado claramente el hecho, aunque pudieran aprovechar al reo las dudas, defectos ó incertidumbres de las pruebas, aunque no sea unánime la apreciación de un tribunal colegiado, pues basta la mayoría, y, por fin, aunque los testimonios no

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sean dignos de la fe que merecerían los de testigos completamente idóneos y conocidos.

Esta arbitrariedad no es la del jurado, y no tiene parejas tan siquiera con la de los tribunales militares que el derecho de gentes permite establecer en el territorio del enemigo en casos excepcionales, pues ellos no pueden proceder arbitrariamente, y tienen el deber de respetar las leyes fundamentales de la justicia, según Bluntschli, D. Int. cod., 548. La ley de 3 de agosto no tiene similar en los fastos de la jurisprudencia de los países civilizados modernos.

Su justificación es imposible. Su utilidad es más que problemática. Los delitos que persigue no han disminuído.

Mas esta ley que entrega al reo á la conciencia del juez de derecho, desquiciando la magistratura del centro en que la colocaran las leyes normales; que agrega á las penas del Código Penal la pena adicional de veinte y cinco azotes por cada seis meses de presidio, destruyendo las proporciones penales establecidas por aquel Código; esta ley que castiga con la pena de muerte la *tentativa* de robo, sí, la *tentativa*, siempre que el reo al mismo tiempo se hiciere culpable de homicidio, violación u otra injuria grave de obra contra las personas, de modo que abandona estos crímenes y delitos, no los castiga, y considera como delito más grave la *tentativa de robo;* esta ley, que en esta última disposición echa por tierra los fundamentos del Código Penal, que se consignan en su artículo 7.º y los que le son correlativos, en el 75 y los demás que gradúan la penalidad; esta ley que contiene semejantes despropósitos ¿puede hacerse todavía más absurda, más arbitraria y más derogatoria de los principios de jurisprudencia penal?

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Sí; en la práctica se hace todavía más absurda, porque es doctrina corriente y muy aceptada, la de que no sólo se pueden apreciar con entera libertad las pruebas, sino que se pueden apreciar con la misma libertad las declaraciones ó testimonios que no tienen, á presencia de las leyes ordinarias, el carácter de pruebas legales.

Esto es increíble, pero se practica, y no se comprende que en este punto hay una cuestión de jurisprudencia que no se puede considerar como resuelta por la ley de 3 de agosto en el sentido ilógico y temerario que se le quiere dar.

Pongamos un caso, tomándolo de los que aparecen en las sentencias de la GACETA DE TRIBUNALES para comprender mejor esta cuestión, que la práctica desdeña con su ciego empirismo.

Aparece un hombre muerto después de un altercado de calaveras, sin riña ni pendencia; y no se sabe quién le causó la herida, si Pedro que cargaba daga ó Juan que llevaba espada. Hay informes de facultativos, pero son contradictorios, de modo que la cuestión queda indecisa; pues la herida ha podido ser causada por cualquiera de aquellas armas, sin dejar señales fijas que sirvan para determinar con cuál de ellas se infirió.

Pedro niega ser el autor, pero no acusa á nadie. Juan niega también, mas acusa á Pedro.

Hay, entre varios testigos que nada saben, tres que acusan á Pedro, el testigo A., que es hermano de Juan; B., que tiene menos de diez y nueve años de edad, y C., que fué actor en el altercado y en los antecedentes que lo produjeron. Los tres coinciden con el co-reo Juan en atribuír á Pedro el hecho de haber dirijido una estocada al occiso, pero sus dichos se diferencian en el modo y en los detalles del acto.

Entretanto, el co-reo Juan pasó á ser testigo porque

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se mandó sobreseer respecto de él, pero se ratificó en la declaración que había prestado como reo, pues estaba interesado en justificar el sobreseimiento y en salvar su responsabilidad, atribuyendo la culpa á Pedro. Por tanto, y á virtud de su interés en el resultado de la causa, su declaración, así como la de A., que es su hermano, no tienen valor legal. Ambos no pueden ser testigos hábiles porque no los admiten como tales, á causa de su interés y de su parentesco, las leyes 15, 16 y 18, título 16 de la Part. 3.ª, y la 9.ª, título 8.º, libro 2.º del Fuero Real.

El testimonio del testigo B tampoco tiene el carácter de una prueba legal, porque la ley 9.ª, tít. 16, Part. 3.ª exige que todo testigo en causa criminal tenga la edad de veinte años. Entretanto B tiene sólo diez y ocho años cumplidos, de modo que su dicho, como el de los anteriores testigos, no puede ser un testimonio legal.

El último testigo, que es C., es hábil porque tiene veinte años, pero no es idóneo, porque consta de su propio dicho que era uno de los de la partida que salió á las tres de la mañana de un café para ir á producir el suceso que trajo aquella desgracia, y que, habiendo dejado moribundo al herido, se fué con Juan á otro café, donde tuvieron con otra persona una riña con la cual se coronaron los extravíos de aquella noche.

Con sólo este testigo, no se habría podido condenar, según el derecho común, al reo Pedro, porque la ley 26, tít. 1.º, Part. 7.ª, considerando que *la persona del ome es la mas noble cosa del mundo*, dispone que el juzgador absuelva al reo cuando las pruebas no sean leales, verdaderas, sin ninguna sospecha, ciertas y claras, como la luz, de manera que no pueda sobre ellas venir *dubda ninguna;* y otras leyes no consideran como prueba plena sino la de dos testigos contestes y mayores de toda excepción.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Ante un jurado inglés también habría sido absuelto el reo Pedro, á virtud de las reglas que dejamos copiadas.

Sin embargo, con arreglo á la ley de 3 de agosto de 1876, ha sido condenado como responsable de aquel homicidio, y no obstante pudo ser absuelto, en virtud de la misma ley, si en la práctica no se admitiera como pruebas, al aplicarla, las que no lo son.

Como esta es una disposición excepcional en nuestra jurisprudencia, pues altera radicalmente el procedimiento criminal, creemos que es muy interesante estudiar tal cuestión, para saber cuáles son las pruebas á que ha podido referirse aquella disposición. Veamos un poco.

La ley de 3 de agosto de 1876 en su art. 1.º, establece que los jueces pueden apreciar la prueba con entera libertad, para absolver ó condenar, según creyeren en conciencia inocente, ó culpable al reo; y la palabra *prueba*, en esta disposición, no puede tener otro sentido que el que le dan las leyes generales, sobre todo tratándose de la prueba testimonial.

La demostración jurídica de un hecho por medio del testimonio de testigos no puede ser indeterminada, ni quedar á la voluntad de los litigantes ni de los jueces, desde que, siendo el medio más falible de averiguar la verdad, tiene que sujetarse á ciertas condiciones de autenticidad, de imparcialidad, de lógica y de moralidad. Por eso es que las leyes se ocupan en fijar estas condiciones á fin de que este medio de averiguar la verdad tenga el carácter de prueba judicial; y los testimonios á los cuales no dan ellas este carácter no pueden llamarse pruebas, ni la ley de 3 de agosto ha podido referirse si no á las que las leyes comunes han definido y caracterizado como tales pruebas.

Consecuente la ley excepcional con su primer precepto, declara textualmente lo que sigue en su "art. 2.º:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

quedan sin aplicación á los procesos de esta clase todas las leyes relativas á la *apreciación* que los jueces deben hacer de la *prueba* en causas criminales.»

¿De qué prueba habla esta disposición? ¿Cuáles son las leyes que quedan sin aplicación á los procesos por homicidio, hurto, robo, incendios y accidentes de ferrocarriles, de que trata?

Para dar solución á estas sencillas cuestiones, es necesario no olvidar que esta ley ha establecido lo arbitrario en el juzgamiento de los procesos á que se refiere.

Ya lo arbitrario estaba sancionado en ciertos preceptos de nuestro Código Penal, como en el de España, del cual es trasunto. Pacheco, en sus comentarios sobre este último, lo reconoce varias veces, sobre todo hablando de los grados de la criminalidad y en cuanto á la graduación de las penas, para aplicarlas. Este autor, que, al parecer, no cree como otros que lo arbitrario en las leyes penales sólo manifiesta que el Legislador declina su tarea en la prudencia de los jueces, estableciendo lo indeciso, por no tomarse el trabajo de decidirlo, opina, en el comentario del art 9.°, que la ley tiene razón en unir lo fijo con lo prudencial, lo previsto y lo arbitrario, para que se completen en la esfera jurídica.

Y luego, como asombrado de semejante amalgama, limita su opinión con estas palabras:

«Sólo que debe ser fijo y previsto todo aquello á que alcancen la fijeza y la previsión; y sólo ha de dejarse al arbitrio de los jueces lo que de otro modo no pueda hacerse bien, ni intentarse con éxito. El precepto debe ser la regla, la prudencia debe ser la excepción. Todo otro camino conduce á perjudiciales y fecundos errores.»

Sin embargo, nuestra ley de 3 de agosto ha seguido este último camino que conduce á perjudiciales y fecundos errores, estableciendo como regla la excepción en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

los juicios á que se refiere, y colocando á los jueces en la terrible situación de aplicar su arbitrio con entera libertad, para absolver ó condenar, según creyeren en conciencia.

Luego es lógico, es justo y conforme á los principios de jurisprudencia, como á los de la moral universal, el no dar á esta terrible ley más latitud que la que ella ha querido dar á la arbitrariedad judicial, no aplicarla sino á lo que de otro modo no pueda hacerse bien, ni intentarse con buen éxito; y por fin, no entenderla de modo que prevalezca lo arbitrario contra lo que debe ser fijo y previsto.

Según esto, preguntamos otra vez ¿de cuál prueba habla la ley de 3 de agosto? ¿Hablará de aquellos medios ó arbitrios de probanza que las leyes normales no consideran como prueba verdadera y apreciable en los procesos criminales?

De ninguna manera. Si las leyes antes citadas, en el caso que examinamos, no admiten como testigos al que tiene interés en el resultado del proceso, ni á su hermano, es decir, Juan y el testigo A, los dichos de éstos no pueden considerarse como una prueba legal estimable en la causa. Si la ley exige que el testigo en una causa criminal tenga veinte años de edad, tampoco puede considerarse como prueba, en el mismo caso, la declaración del testigo B, porque no tiene esa edad, ni alcanza á la de diez y nueve.

Esta misma regla se aplicaría al testimonio de los cómplices ó encubridores del delito materia del proceso, y al de una persona que se hallara en prisión al tiempo de declarar, porque las leyes no los admiten como testigos, negando todo valor de prueba á sus declaraciones.

La Corte Suprema constantemente suspende los efectos de toda sentencia penal que aparece fundada en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

declaraciones de testigos que han sido examinados por un secretario del juzgado ó por algún escribano receptor, y manda volver el proceso al juez no implicado para que proceda, con arreglo á derecho, á sentenciar de nuevo.

¿Y por qué hace eso la Excma. Corte? Sencillamente porque el art. 28 del Reglamento de administración de justicia prescribe que todos los testigos que hayan de declarar en cualquiera causa criminal *sean examinados precisamente por el juez* de la misma, y si existiesen en otro pueblo, por el juez de su residencia. Luego, la Corte considera que no es prueba legal la que se presta por testigos que no son examinados como la ley lo manda, aunque sean numerosos, fidedignos y mayores de toda excepción.

Entonces ¿por qué no se aplicaría el mismo criterio á testigos, como los indicados antes, los cuales no son admitidos por la ley como tales testigos? ¿Qué razón habría para apreciar como prueba sus dichos en este caso, con arreglo á la ley de 3 de agosto, y para no considerar como prueba la declaración de testigos que no son examinados como lo manda el art. 28 citado? No se nos alcanza, pues tan viciosa é ilegal es la declaración de los testigos en este caso como lo es en el anterior, y, por tanto, ella no puede ser considerada como prueba apreciable en la forma prescrita por la ley de 3 de agosto.

Semejantes declaraciones ó testimonios no forman prueba, según las leyes citadas, y esto es lo que está fijo y previsto en nuestro derecho, porque á ello alcanza la fijeza y la previsión.

¿Pudo la ley de 3 de agosto, al permitir que en las causas que ella determina, se pudiera apreciar la prueba con toda libertad, referirse á los medios ó declaraciones que, según las leyes vigentes á la sazón no se consideraban como prueba en las mismas causas? Pudo hacerlo,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sin duda, desde que se proponía erigir en suprema ley la arbitrariedad judicial para esos juzgamientos; pero no lo hizo, puesto que usó de la palabra *prueba* en su sentido natural, usual y legal. Para alterar este sentido, la ley debió establecer de un modo claro su nuevo mandato, diciendo, por ejemplo, que no usaba aquella palabra en su significación legal, ó declarando sin aplicación todas las leyes que definen y caracterizan la prueba testimonial, como dejó sin aplicación las que son relativas á la apreciación de las pruebas, lo que no es lo mismo.

¿Cuáles son las leyes que declaró que quedaban sin aplicación en el art. 2.º de la de 3 de agosto de 1876? ¿Pudo referirse esta declaración á las leyes que determinan el carácter de los testigos y el que deben tener sus testimonios para formar prueba en las causas criminales? Indudablemente que no, pues el art. 2.º es claro y terminante, cuando dice: quedan sin aplicación á los procesos de esta clase todas las leyes relativas á la *apreciación* que los jueces deben hacer de la prueba, y no las leyes que fijan los requisitos de ésta. La razón es evidente, porque desde que el art. 1.º establece que los jueces apreciarán con entera libertad la prueba que en las causas criminales merece el nombre y tiene el carácter de tal, por estar rendida conforme á las leyes, tuvo necesidad el art. 2.º de desligar á los jueces de las reglas que otras leyes les dan para apreciar el valor de esa prueba, pero bien entendido que se habla de prueba verdadera en el sentido legal.

La interpretación contraria es absurda y de todo punto opuesta á las reglas del párrafo 4.º del título preliminar del Código Civil, especialmente al art. 20, que dispone que las palabras de la ley se entiendan en su sentido natural y obvio, dando su significado legal á las que se hayan definido expresamente para estas materias, por

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ejemplo, las palabras prueba testimonial, y apreciación de la prueba, que tienen un significado legal.

Cuando el art. 2.º dejó sin aplicación las leyes relativas á la apreciación que los jueces deben hacer de la prueba, se refirió á leyes muy conocidas; y no pudo confundirlas con las que establecen los requisitos que debe tener la prueba para ser considerada como tal.

Aquellas leyes de apreciación se refieren á varios puntos. Unas dividen la prueba, ó sea, la demostración de la verdad en juicio, en plena y semiplena; otras, como la 32 y la 40 del título 16, Part. 3.ª, fijan reglas que deben tener presentes los jueces para apreciar el testimonio de un testigo singular, el de varios que están contestes y son mayores de toda excepción, el de distintos testigos que están en contradicción, y el de los de una y otra parte que reunen iguales condiciones, estando diferentes en su número, ó que, por el contrario, son iguales en condición y en número; y, por fin, hay otras, como la 26, título 1.º, Part. 7.ª, que no admiten en causas criminales ni prueba semiplena, ni presunciones judiciales, ni otra prueba que no sea la plena para condenar á un reo, porque *la persona del ome es la mas noble cosa del mundo.*

Estas y no otras son las leyes que deja sin aplicación el art. 2.º de la ley de 3 de agosto, á fin de que los jueces, sin tener á la persona del hombre como la más noble cosa del mundo, puedan apreciar con entera libertad las pruebas que son tales en el sentido de las leyes normales, ya sean esas pruebas plenas ó semi-plenas, ya sean contestes ó no, ya sean en menor número unos testigos que los que establecen con su dicho lo contrario, ya sean unos y otros diversos en su condición, ó más ó menos dignos de fe; pues basta que esas pruebas, ó algunas de ellas, les sugieran presunciones, para formarse conciencia de la inocencia ó culpabilidad del acusado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

No tienen los jueces que sujetarse á aquellas reglas de apreciación, pueden apreciar las pruebas con más arbitrariedad que un jurado; empero no tienen autoridad para tomar como pruebas las que no están definidas como tales por las leyes, pues la de 3 de agosto no extiende á tanto su arbitrariedad; y la práctica que pretende extenderla á este absurdo no es justa ni legal.

En suma, esa tremenda ley y su aplicación práctica, no hacen honor á la ilustración del país. La existencia de una ley, que es tan absurda como tiránica, tan injustificable como innecesaria, revela la inercia del espíritu público y no abona la sagacidad y previsión de los estadistas que gobiernan la República.

Ella fué obra de un pánico, producido por el aumento de crímenes y delitos en la época en que se dictó. Esta sobrexcitación de las propensiones malignas del hombre es un fenómeno frecuente, que ocurre en todas partes, y en épocas en que hay causas sociales, industriales ó de otro género que lo producen; pero en ninguna nación se apela á dictar leyes excepcionales para conjurarlo. Lo que se hace es dictar medidas administrativas que aumentan la vigilancia ó que neutralizan las causas conocidas. Según la estadística judicial de Francia, que es la más perfecta en Europa, hay períodos en que el término medio anual de los delitos contra la propiedad, juzgados en juicio contradictorio, pasa de cuatro mil, y los hay en que no alcanza á dos mil, como puede verse en las notas del capítulo IV de *L'Europe Politique et sociale de M. Block.* Esto es sin contar los robos juzgados de oficio, ni los delitos contra las personas y de otra clase; y, sin embargo, no se dictan leyes ni se erigen tribunales excepcionales.

Veamos nuestra estadística criminal. En la del año 1882, que es la última que se ha publicado en el ANUA-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

RIO correspondiente á los años 1881-83, aparecen 5,758 reos procesados en toda la República. De éstos hay 2,316 reos de delitos contra la propiedad y 1,046 de delitos contra las personas.

Se ve que el número total de 5,758 está en una proporción mínima con la población de dos millones doscientos mil habitantes, y que, aunque se hubieran dejado de procesar otros 5,758 delitos, por falta de diligencia ó por otros motivos, la proporción sería siempre mínima, pues no pasaría de 3 por mil.

Y hacemos notar esta proporción, porque es fama entre nosotros que no hay país en que sean más numerosos y frecuentes los delitos que en Chile, fama que está muy acentuada en el resto de América, á causa de la proligidad con que anotan los diarios los hechos criminales. Es muy frecuente oír á los hombres públicos de los demás Estados americanos que en Chile se necesitan la pena de azotes y los medios excepcionales de juzgar, porque de otro modo los *rotos*, como llaman á los chilenos, se apoderarían de las propiedades y matarían á todos los caballeros. Y somos nosotros los que damos, con nuestra exajeración, aires de verdad á semejante calumnia, que pasa corrientemente en países que, si tuvieran estadística, tendrían que enmudecer al hablar de la criminalidad de nuestro pueblo.

Hay un hecho trascendental que prueba que la moralidad de nuestra población es superior á la de los demás pueblos de esta América del Sur, y ese hecho que venimos repitiendo desde hace mucho tiempo con motivo de otras cuestiones sociales y políticas, es este: "La proporción media de la población rural es de un sesenta y seis por ciento, pues, según el último censo, hay 1.355,257 habitantes en los campos, sin contar 228,357 que viven en las aldeas y lugarejos, gobernados por subdelegados

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

é inspectores; de modo que tenemos más de las tres cuartas partes de la población total fuera de todo gobierno regular.»

Dígase en presencia de este hecho qué es lo que prueba el número de 5,758 procesos criminales en una población de 2.200,000 habitantes, que si en su mayor parte viven fuera de las ciudades y lejos de los jueces del crimen, no se escapan por eso á la acción de la justicia, puesto que no hay hecho criminal que no se persiga y no se sujete á sumario por los jueces de subdelegación y de distrito.

Pero no es esto todo, sino que, estudiando un poco más la estadística, se obtienen estos resultados:

Procesados en 1882 han sido.....		5,758
De ellos han sido absueltos.....		2,513
Condenados por crimen...	314.....	3,245
Id. por simple delito.....	2,931.....	

De modo que los condenados por crimen, según la clasificación del Código Penal, están, respecto de todos los condenados, en la proporción de 5.24 por ciento.

En el año anterior fue sólo de cinco por ciento, pues el número de procesados no pasó de 4,294, lo que prueba que la ley de 3 de agosto no ha contribuido á disminuir la criminalidad.

¿Acusa este resultado una criminalidad tan exajerada que pueda autorizar y excusar la vigencia de una ley excepcional como la de 3 de agosto de 1876? Indudablemente en aquel año las proporciones no podían autorizar la trasgresión de los principios de la jurisprudencia y de las leyes vigentes que cometió el Congreso, al dictar una ley tan monstruosa. Veamos los datos que nos da la estadística de 1882 sobre los delitos á que se refiere aquella ley, para ver si ellos justifican su vigencia:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

	Reos absueltos	Condenados	Totales
Accidentes de ferrocarriles.....	2	2	4
Homicidios.....	256	81	337
Hurtos	842	715	1,557
Robo con fuerza en las cosas....	192	130	322
Id. con violencia en las personas.	199	86	265
	1,491	1,014	2,485

Sería de preguntar si habría sido otro el resultado del juzgamiento de estos dos mil cuatrocientos ochenta y cinco delitos, si se hubieran sometido á las leyes comunes y no á la de 3 de agosto. Tal vez no se habría podido condenar tanto número de reos, como los que han sido penados por la arbitrariedad judicial. ¿Pero podría esto justificar el absurdo de constituír en fundamento de la justicia esa arbitrariedad ilimitada, borrando todas las garantías de que gozábamos y que gozaran nuestros antepasados desde los tiempos de don Alfonso el Sabio, que fueron sin duda más bárbaros que el nuestro?

J. V. Lastarria.

UNA FRASE ERRÓNEA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Es frecuente leer en las solicitudes particulares, y hasta en documentos de cierta importancia oficial presentados á alguna de las Cámaras, la expresión *Soberano Congreso.*

Esta frase implica un error peligroso y es inconstitucional.

La Constitución establece y organiza tres poderes públicos, á los cuales atribuye el ejercicio de la sobera-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nía nacional. Son, pues, delegatarios de esta soberanía tanto el Poder Legislativo, que la Constitución llama «Congreso Nacional», como el Ejecutivo, al cual designa con la expresión «El Presidente de la República», y el Judicial, que crea bajo el rubro «La Administración de Justicia».

La frase que examinamos contiene, por tanto, un calificativo contrario á la Constitución, en cuanto se da á uno sólo de los Poderes Públicos una denominación que pertenece á todos.

Y hemos dicho que envuelve además un error peligroso, porque, como dijo un escritor español, es menester procurar que al derecho absoluto de los antiguos monarcas no suceda un pretendido derecho divino de los parlamentos.

Se disculparán estas obvias consideraciones en atención á la necesidad de trabajar porque el lenguaje corresponda al tecnicismo de las ideas científicas, y á que el error que condenamos ha sido acogido últimamente por una corporación pública tan respetable como la Cámara de Comercio de Valparaíso, en una comunicación dirigida á la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados.

CATÓRZOMA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

CUESTIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Hemos leído con interés el artículo que con este encabezamiento se publica en uno de los últimos números de la REVISTA, y vamos á manifestar nuestro dictamen sobre la cuestión de que en él se trata.

Reproduciremos los antecedentes para mayor comodidad de nuestros lectores.

En 1852 contrajeron matrimonio en Francia don Octavio Benedetti y doña María Devería, y en 1858 pasaron ambos á establecerse en Chile.

En los años 1868 y 1880, respectivamente, fallecieron en Francia la madre y el padre de la señora Devería, dejándole ciertos bienes que fueron percibidos por Benedetti, como representante legal de su mujer.

En la época intermedia, compró el marido una propiedad raíz en Chile, se constituyó deudor de don Agustín Edwards por 14,000 pesos, y, en garantía de la deuda, le hipotecó dicha propiedad. Se pregunta, si llegado el caso de hacerse efectiva esta hipoteca, tendrá derecho la mujer para ser pagada preferentemente del importe de sus herencias, pretensión que sacaría su fundamento de la ley de 31 de octubre de 1845, vigente á la fecha de contraerse el matrimonio, la cual otorgaba á la mujer casada el privilegio de hipoteca general sobre los bienes de su marido.

Para simplificar la dificultad, supongamos que el matrimonio se hubiera contraído en Chile: en esta hipótesis el problema de Derecho Internacional Privado dege-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nera en una simple cuestión de retroactividad de las leyes.

Se ha pretendido aplicar al caso la disposición del artículo 12 de la ley de Efecto Retroactivo, de 7 de octubre de 1861, que establece que todo derecho real adquirido bajo una ley, y en conformidad á ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto á sus goces y cargas, y en lo tocante á su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley, sin perjuicio de lo que respecto de mayorazgos y vinculaciones se hubiere ordenado ó se ordenare por leyes especiales.

Para la recta aplicación de este artículo, sería preciso establecer previamente que la señora tercerista había adquirido, á la fecha de promulgarse el Código, el derecho real de hipoteca, en conformidad á la ley antigua, lo que, á nuestro juicio, está lejos de ser exacto, pues son cosas que no pueden confundirse el privilegio que la ley de 1845 otorgaba á la mujer casada, privilegio que pertenece á la categoría de las meras instituciones legales, y el derecho real de hipoteca, que no se concibe sin la existencia del inmueble á que afecta y del crédito que garantiza.

Se ha pretendido asimismo aplicar al caso en cuestión el principio de que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración; pero, para nosotros, es inadmisible que al consignar ese principio haya podido el Legislador tener presente el contrato *sui generis* de matrimonio, tanto porque la Ley de Efecto Retroactivo sigue, en general, el plan del Código, cuanto porque ella se ocupa en las cuestiones referentes al estado civil en sus artículos 2.º y 3.º

La única disposición de la referida ley que, en nuestro concepto, puede aquí legítimamente aplicarse es la del último de los artículos citados que, de una manera ex-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

presa, reconoce que la ley posterior puede obrar sobre los *derechos y obligaciones anexos al estado civil.*

Atendiendo á los principios teóricos que rigen la materia de la no retroactividad de las leyes, compruébase también de una manera incontestable la verdad de nuestra tesis: 1.º porque no habiéndose aún aprovechado la señora Devería del beneficio de la ley de 1845 á la fecha de promulgarse el Código, no hay injusticia alguna en aplicarle el nuevo régimen legal sobre la materia de que se trata; 2.º porque la condición de la mujer que contrajo matrimonio antes del 1.º de enero de 1857, pero que no adquirió positivamente, bajo el imperio de la antigua ley, el derecho de hipoteca sobre los bienes de su marido, es, para nuestro propósito, análoga á la de aquella que lo contrajo después de esa fecha; 3.º porque sería inequitativo y absurdo que el Legislador atribuyera en esta materia una importancia decisiva al hecho accidental de haberse casado la mujer antes ó después de tal ó cual época determinada.

Ahora bien, si improcedente habría sido la acción de la señora Devería en el caso hipotético de haberse contraído su matrimonio en el territorio de la República, es obvio que también lo será en el caso verdadero de haberse contraído fuera de él.

Queremos, con todo, ocuparnos en determinar cuál es, á nuestro juicio, la verdadera doctrina jurídica en orden á los efectos que hayan de producir en Chile los matrimonios contraídos en el extranjero en conformidad á las leyes del país de su celebración.

Prescribe el primer inciso del artículo 119 del Código Civil (no modificado en este punto por la ley de 10 de enero de 1884), que dicho matrimonio producirá en Chile los mismos efectos civiles que si se hubiese celebrado en territorio chileno.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Ante todo, séanos lícito manifestar que del antecedente de haberse consignado en tiempo futuro la disposición transcrita, no puede derivarse consecuencia alguna relativa á la época en que el matrimonio á que nos referimos deba empezar á producir sus efectos en Chile: 1.º porque si el Legislador hubiera querido deliberadamente restringir á cierto tiempo, dentro del matrimonio, la aplicación de lo dispuesto en el antecitado inciso primero del artículo 119, no es de creer que se hubiera valido de una expresión tan general é indeterminada como la que nos ocupa; 2.º porque el futuro *dispondrá* está empleado con relación al momento en que el Legislador consignaba su precepto, y no con relación al momento de contraerse el matrimonio; 3.º porque, dado lo dicho en el número anterior, es perfectamente lógico el empleo del tiempo futuro, en aplicación de aquel principio fundamental de razón y derecho, que establece que las leyes no disponen para lo pasado; 4.º porque son frecuentísimas en nuestros Códigos la fórmula enunciada y otras análogas, sin que de ellas pueda plausiblemente inferirse limitación alguna de tiempo en las respectivas disposiciones legales.

Desde que se trata de efectos civiles que han de producirse *en Chile*, es indubitable que el matrimonio contraído en el extranjero no los producirá, mientras de alguna manera no se ponga en relación con elementos jurídicos, radicados ó existentes en el territorio de la República, sean dichos elementos personas, cosas ó acciones. En este sentido, nosotros admitiríamos la proposición de que el referido matrimonio sólo puede producir sus efectos en Chile desde que se pone bajo el amparo de nuestras leyes; pero lo que no podemos aceptar es que no haya de producirlos sino desde que los cónyuges sean habitantes del territorio chileno: no hay

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ley alguna en que apoyar semejante pretensión, y ella es, en sí misma, errónea, por cuanto el matrimonio, no sólo es susceptible de producir efectos civiles relativamente á las personas que lo han contraído, sino también relativamente á terceros, como acontece, por ejemplo, con el efecto importantísimo de la legitimidad de los hijos.

Lo dicho no implica, sin embargo, que cuando se hagan valer en Chile matrimonios contraídos en el extranjero, se les repute celebrados sólo en la época en que se hubieren puesto en relación con los elementos jurídicos de que antes se habló, lo que sería, además, de todo punto absurdo: 1.º porque en la inteligencia de las leyes no podemos establecer ficción alguna, sino tomar las cosas tales como son dentro de los mandatos del Legislador; 2.º porque no se descubre en qué género de razones de justicia, equidad ó conveniencia pudiera fundarse una ficción como la propuesta; 3.º porque tal doctrina es abiertamente refractaria del tenor literal y del manifiesto espíritu de la disposición que prescribe que el matrimonio contraído en país extranjero, en conformidad á las leyes del mismo país, producirá en Chile *los mismos efectos civiles que si se hubiese celebrado en territorio chileno.*

Somos, pues, de parecer que si la primera cuestión debatida se hubiera resuelto en sentido favorable á la señora demandante, no se habría modificado en lo más mínimo la condición legal de esta última, por el hecho de haberse contraído su matrimonio fuera del territorio de la República.

PAULINO ALFONSO.

Santiago, junio de 1886.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

¿ES DELITO EL ACTO DE PRESENTARSE Á VOTAR CON CALIFICACIÓN AJENA?

I

Dispone el art. 62 de la ley de elecciones que, objetada la identidad de la persona de un elector, la junta receptora exija, como prueba de identidad, que el elector escriba su nombre en una de las hojas en blanco del registro, y si resultare completa disconformidad con la puesta al margen de la partida de inscripción, no se admita el sufragio y se remita al supuesto elector al juez ordinario respectivo.

En el estado actual de nuestra situación política, el caso previsto en el artículo citado ha debido, en las elecciones pasadas, y deberá, en las venideras, presentarse con alguna frecuencia.

En los casos ocurridos en las últimas elecciones en nuestro departamento, tanto el señor promotor fiscal como el señor juez letrado de turno fueron de opinión que estaban exentos de responsabilidad penal los individuos que se presentaban á votar con calificación ajena y que no había, en consecuencia, mérito para un procedimiento criminal en el hecho de la completa disconformidad de firmas.

Tal resolución es de grave trascendencia; pues, si ella es correcta, ha venido á manifestar que no tiene castigo en la ley un acto por su naturaleza ilícito y punible y que pugna abiertamente con la legalidad y pureza que se anhela para las funciones electorales. Habría allí un vacío, y se impondría con urgencia á nuestros legisladores el deber de llenarlo.

Si, por la inversa, esa resolución no se fundase en la in-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

terpretación exacta de la ley, importa no menos esclarecer el error en que el señor juez citado ha incurrido, á fin de detener á los electores poco escrupulosos que, confiados en el precedente de esa sentencia, crean que impunemente pueden presentarse ante las juntas receptoras con calificaciones de otros. Me propongo examinar ligeramente la cuestión, tomando por base la sentencia del señor juez letrado á que he hecho referencia.

II

Esta pieza, reproducida íntegramente, dice así:

"Concepción, marzo 31 de 1885.—Vistos: Y teniendo presente: 1.º Que los ciudadanos electores á que estos antecedentes se refieren han sido puestos á disposición del infrascrito; ya por haberse encontrado disconformidad entre las firmas de ellos que aparecían en los registros y la que ahora estamparon en las hojas en blanco del mismo; ya por haberse presentado á votar con calificación que no les pertenece; ya, en fin, por no haber podido firmar en el registro cuando esto se les exigió;

"2.º Que cada uno de estos actos son concernientes al libre ejercicio del sufragio, y según lo dispuesto en el art. 137 del Código Penal, los actos de esta clase deben clasificarse y penarse por la ley de elecciones;

"3.º Que ninguno de ellos constituye el delito consumado de votar con calificación que no le es propia, único que castiga la citada ley en el inciso 7.º de su art. 66 y los actos en referencia constituyen, ó un intento del delito que pena dicho artículo, ó, cuando más, un delito frustrado;

"4.º Que la ley de elecciones no preceptúa pena, ni para el intento de delito, ni para el delito frustrado, y si, á pesar de la disposición contenida en el art. 137 del Có-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

digo Penal, fuera lícito recurrir al sistema establecido por la ley común para determinar la pena que corresponde al intento de delito ó al delito frustrado de votar con calificación que no les es propia, sería necesario proceder conforme á los arts. 9, 51 y 52 del Código Penal;

"5.° Que, aun cuando la ley de elecciones en su art. 116 clasifica los actos que ella castiga en faltas, delitos y crímenes, por no determinar cuáles son los que respectivamente deben considerarse como tales, no es posible apreciar si los que son materia de estos antecedentes constituyen faltas, en cuyo caso no tienen sanción penal por no haber sido considerados; ó constituyen delitos ó crímenes, en cuyo caso tampoco tienen sanción penal por cuanto dicha ley no establece grados ó escalas de penas de donde sacar la que corresponde al intento de delito ó al delito frustrado.

"Con arreglo á estas consideraciones y visto lo dispuesto en el art. 1.° del Código Penal, se declara que no hay mérito para un procedimiento criminal, debiendo, en consecuencia, ponerse en libertad á los reos (se enumeran).—Anótese.—MORA.—Ante mí, *Cid.*"

III

Como se ve, en la sentencia precedente, se hace extensiva la disposición del art. 137 del Código Penal á todos *los actos* concernientes al ejercicio del sufragio; pues se establece que, tratándose de un *acto* electoral, debe hacerse completa exclusión de la ley penal común y apreciarse únicamente su delincuencia en vista de las prescripciones de la ley de elecciones; y con este antecedente, se llega al resultado de que no hay sanción penal para el acto punible que contempla para sumariarse el art. 62 de aquella ley.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En esa latitud que se ha dado al art. 137 del Código Penal, latitud que no tiene ni pudiera tener sin dar lugar á monstruosas consecuencias, estriba, á mi ver, el error fundamental de la vista y la sentencia transcritas.

IV

El art. 137 del Código Penal preceptúa que "*los delitos* relativos al libre ejercicio del sufragio *se clasifican y penan* por la ley de elecciones."

Según la letra clara de este artículo, no *los actos*, como lo expresa el señor juez letrado en el considerando segundo de su sentencia, sino *los delitos* concernientes al libre ejercicio del sufragio se clasifican y penan por la ley de elecciones.

Para mejor inteligencia, conviene desde luego definir qué debe entenderse por *delitos relativos al libre ejercicio del sufragio.*

Si, según el art. 137 citado, ellos se *clasifican y penan* por la ley de elecciones, y si, en general, es *delito*, según el art. 1.º del mismo Código, toda acción ú omisión voluntaria *penada* por la ley, por *delito relativo al ejercicio del sufragio* debe entenderse toda acción ú omisión voluntaria penada por la ley de elecciones.

Es elemental que donde no hay pena no hay delito; de manera que un acto puede ser malo ó punible ante la moral y no constituir, sin embargo, un delito ante la ley, por no hallarse expresamente penado en ésta.

En consecuencia, no hay más *delitos electorales* que las acciones ú omisiones que pena la ley electoral, y son estas acciones ú omisiones las que el art. 137 del Código Penal dispone que deben regirse por las prescripciones de la ley especial sobre la materia.

No todos, pues, los actos relativos al ejercicio del su-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

fragio se hallan sujetos á la ley de elecciones, sino únicamente los actos que por dicha ley hayan sido constituidos en un delito electoral.

Raciocino como debe raciocinar el Juez, que tiene ya ante sí la ley especial á que se refiere el art. 137 citado.

Para el Legislador, es claro que todas las acciones ú omisiones concernientes al ejercicio del sufragio estuvieron á su disposición para analizarlas y determinar cuáles de ellas se penarían y constituirían, por consiguiente, el delito especial llamado *delito electoral.*

V

Establecida la interpretación que creo verdadera del art. 137 del Código Penal, paso á considerar una consecuencia que de ella se deriva y que es antecedente necesario para resolver el caso que me he proquesto.

En el ejercicio de los derechos electorales pueden ejecutarse actos é incurrirse en omisiones que la ley de elecciones no ha penado especialmente, pero que constituyen delitos para la ley penal común.

¿No podrán ser perseguidos esos delitos en conformidad á la ley penal común? ¿Quedarán ellos impunes?

No pueden ser perseguidos y quedan impunes, según el alcance que se atribuye al art. 137 del Código Penal; y tal es la monstruosa consecuencia que esa interpretación entraña.

En el ejercicio del sufragio hay que distinguir: *delitos electorales* y *delitos comunes*; para el procedimiento criminal y la pena de los primeros, está la ley especial de elecciones; para el procedimiento criminal y la pena de los segundos, está la ley penal general ó común, el Código Penal.

El Legislador no puede haber querido que quedasen

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sin sanción las infracciones á la ley penal común, que pueden cometerse en el ejercicio del sufragio. Si no tomó en cuenta esas infracciones en la ley especial, fué sin duda porque quiso que se sometiesen á la ley general, y de ninguna manera para que quedasen impunes. Y si esto hubiese querido, debió así haberlo expresado para que se hubiese tenido por derogada en este caso la regla universal de derecho que, donde calla la ley especial, entra en vigor la ley general.

Pero no, el imperio de la ley común no se ha declarado suspenso en los actos electorales; de algunos de estos actos se han constituido los delitos especiales llamados *electorales*, los cuales se rigen por la ley especial que los ha creado, y no hay más.

VI

Con lo expuesto, puedo ya entrar á ocuparme del caso concreto que me he propuesto examinar.

¿Comete delito el individuo que se presenta á votar con calificación ajena?

Como el acto es concerniente al ejercicio del sufragio, debe ocurrirse en primer lugar á la ley especial de elecciones para saber si ha sido ó no estimado por ésta como un delito electoral.

El inciso 7.º del art. 66 de dicha ley pena el acto de votar con calificación que no es la propia. En el caso que considero, no se ha votado, y no es, en rigor, aplicable á él la pena de ese inciso. Los casos difieren notablemente en sus consecuencias.

No se halla expresamente penado en parte alguna de la ley de elecciones el acto del individuo que se ha presentado á votar con calificación que resultó ser ajena, y al cual no se le admitió el sufragio por haber sido de-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nunciado ó sospechado en el momento de pretender sufragar.

El art. 62 ordena solamente que el supuesto elector sea remitido al juez ordinario respectivo; y esto manifiesta que este acto fué estimado punible por nuestros legisladores. ¿Por olvido ó deliberadamente no se impuso á ese acto pena especial? Poco importa para el caso saberlo. El hecho es que no está expresamente penado en la ley de elecciones, y, no estándolo, no constituye un delito electoral.

Sin entrar en más investigaciones se ha deducido que no hay en el acto imputado mérito para un procedimiento criminal.

Me atrevo á afirmar lo contrario.

Un individuo que se presenta á votar con calificación que no es la propia, dándose el nombre que va en ella, usurpa indudablemente un nombre para ejecutar un acto que es personalísimo y que envuelve una gran responsabilidad moral, y ello constituye el delito establecido en el art. 215 del Código Penal, que dice:

"El que usurpare el nombre de otro será castigado con reclusión menor en su grado mínimo *(encierro en prisión de 61 á 540 días)*, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderle á consecuencia del daño que en su fama ó intereses ocasionare á la persona cuyo nombre ha usurpado."

Hay, pues, en ese acto la consumación de un delito común.

¿Se sustraerá á la acción de la ley penal común porque se ha cometido en el ejercicio de una función electoral?

Ya he manifestado que al art. 137 del Código Penal no puede dársele el alcance de sustraer de la ley común todos los delitos que pueden cometerse en el ejercicio del sufragio, sino únicamente los *delitos electorales*; y he

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

manifestado también que el acto contemplado no es un delito electoral.

Pudiera argüirse contra esto último que, siendo delito electoral el acto de votar con calificación ajena, deberá serlo también el de presentarse á votar con esa calificación, pues esto implica cometer aquel delito en su grado de frustrado ó de tentativa.

El argumento sería simplemente especioso; y debo confesar, no obstante, que él ha tenido mucha parte en la paralogización que sufrió el autor de la sentencia.

Si se conviene, como se expone en la sentencia transcrita, en que la ley de elecciones no ha establecido el delito frustrado ni la tentativa, ¿cómo, dentro de la ley electoral, se pretende considerar aquel acto como frustrado ó tentativa del delito previsto en el inciso 7.º del art. 66?

En la ley de elecciones no hay más que delitos consumados; luego, el acto de presentarse á votar con calificación ajena, no puede reputarse, ni como frustrado, ni como tentativa del delito electoral de votar con calificación ajena, y no constituye, por tanto, un delito electoral, ya que, como consumado, tampoco lo pena esa ley.

Él importa sí un delito común consumado desde el momento en que el elector presenta á la mesa receptora la calificación ajena, usurpándose el nombre del individuo á quien pertenece.

Y siendo un delito común, en conformidad á lo que he expuesto más arriba, debe hallarse sujeto á la sanción de la ley penal común; y al ocuparse de él el art. 62 de la ley de elecciones, no lo hizo para constituirlo un delito electoral, puesto que no lo penó sino sólo para determinar á los presidentes de las juntas receptoras el procedimiento que debían emplear en los casos que contempla y para imponerles á la vez la obligación de remitir á la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

justicia ordinaria á los individuos sospechados ó sindicados de usurpadores del nombre de otro.

VII

En conclusión, creo que puedo sentar las siguientes afirmaciones:

El que se presente á votar con calificación que no es la propia, comete el delito que prevé el art. 215 del Código Penal.

No habiendo sido ese delito común estimado en la categoría de delito electoral, por cuanto no lo penó especial y expresamente la ley de elecciones, queda sujeto á la prescripción citada del Código Penal.

Y hay, por último y en consecuencia, mérito para un procedimiento criminal, ordinario se entiende, contra los individuos que los presidentes de las juntas receptoras remitan á la justicia ordinaria, en cumplimiento de la obligación que les impone el art. 62 de la ley de elecciones.

ABELARDO DUVANCED.

Concepción, junio de 1886.

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 397 DE LA Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (octubre 15 de 1875)

No han pasado doce años á que comenzó á regir esta ley, y sin embargo, ha sufrido rectificaciones de gran trascendencia, por las leyes de 26 de septiembre de 1877, de 30 de junio y de 31 de agosto de 1880; y hay pendientes en la legislatura otros proyectos de reforma de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

algunos artículos sobre restablecimiento de las antiguas visitas de cárcel, etc.

Si hubo alguna vez un proyecto de Código, que antes de ser presentado al Congreso debió someterse al examen de los Tribunales, fué el de Organización y Atribuciones de los mismos Tribunales de justicia.

Los magistrados, por sus luces y experiencia, si no son los más aptos, se hallan, á lo menos, en ventajosa posición para suministrar útiles observaciones, juiciosos reparos para el mejor acierto en materia tan importante.

Ese auxilio fué desdeñado en 1875.

Aun la discusión del proyecto en las Cámaras legislativas, se llevó á la ligera y con urgencia.

Desde entonces acá, muchas voces autorizadas se han elevado pidiendo su revisión.

Más tarde ó más temprano se hará.

Pero, de seguro, que el Ministro de Justicia no omitirá el previo informe de la Corte Suprema y de las cuatro Cortes de Apelaciones de la República.

Exonerados ya los magistrados superiores, por la sabia ley de 31 de agosto de 1880, de funciones administrativas ó legislativas, que los distraían, pueden consagrar todo su tiempo al estudio de las leyes que han de aplicar diariamente.

Descubrirán los vacíos é imperfecciones de la ley; señalarán el modo más expedito de llenarlos ó de corregirlas; propondrán una redacción más clara y más completa en muchos artículos, etc.

Mientras llega el día de la revisión, no será inútil acumular materiales.

Los abogados son llamados á esta tarea.

Principiemos por algo.

Hé aquí un caso, en que se trata de la inteligencia ó interpretación del art. 397 de la Ley.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En agosto de 1879, P. otorgó poder *in scriptis* al procurador C. para ciertos negocios que debían ventilarse en juicio.

P. murió en diciembre del mismo año.

En agosto de 1880, el procurador C. entabló demanda contra N. y se comunicó *traslado.*

N. interpuso *artículo de incontestación* por falta de poder.

El procurador C., respondiendo al traslado de incontestación, dijo: que, según el art. 397 de la Ley de 15 de octubre de 1875, "no termina por la muerte del mandante el mandato para negocios judiciales;" y agregó— "que era muy clara esa disposición y que abrazaba la generalidad de los casos."

El demandado N. dijo: que el art. 397 no abrazaba la generalidad de los casos, sino tan sólo, los casos, en que, á la muerte del mandante, se había ya comenzado el pleito, por la litis contestación (1).

¿Qué resolución debe dar el juez?

La cuestión es digna de estudio.

Cuando cursamos en el colegio derecho romano, tropezamos con este texto de Ulpiano.

"Aunque esté muy claro el edicto del Pretor, no se ha de despreciar su interpretación." *Quamvis sit manifestissimum Edictum Prœtoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus.* (L. 1, § 11, lib. 25, tít. 4 D.)

La máxima del jurisconsulto nos pareció algo exajerada. Más tarde nos pareció exacta.

La experiencia diaria la comprueba.

¿En qué se fundó el experto jurisconsulto?

Sin duda, en que la observancia de las leyes no con-

1) Sesión del Senado de 25 de agosto de 1875, discusión del Proyecto de la ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

siste en lo literal de las palabras sino en la mente del Legislador.

Y á este propósito, el rey don Alfonso, en la ley 13, tít. 1.º, Part. 1.ª, dijo: «el saber de las leyes non es, en aprender e decorar las letras dellas, mas el verdadero entendimiento dellas»: traducción de la ley 17, *De legibus*, *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.*

Ahora bien, si queremos descubrir el espíritu del art. 397 de la Ley de 15 de octubre de 1875, no tenemos otra cosa que buscar su *fuente.*

Sin el menor género de duda, su fuente es la ley 23, tít. 5, Part. 3, que dice:

«Muriéndose el señor del pleyto, antes que su personero lo comenzase por demanda e por respuesta, acábase por ende el oficio del personero, de guisa que non puede, nin debe ir adelante por el pleyto.»

«Mas, si se muriese después que fuese comenzado por respuesta, non pierde por eso el personero su poderío, ante decimos que debe seguir el pleyto fasta que sea acabado, tan bien, como si fuese *vivo* el que lo fizo personero, magüer non recibiese mandato nuevamente de los herederos del finado.»

Los redactores de la Ley de 15 de octubre de 1875 tomaron, como se colije fácilmente, el art. 397 de la ley española transcrita; pero tanto compendiaron su disposición, que la redacción salió como trunca é incompleta, oscura á la simple vista y susceptible de la extraña interpretación que le ha dado el procurador C., más aficionado á la letra que al espíritu de la ley.

Pero no podemos negar que los redactores quisieron reproducir en el art. 397, la misma disposición española vigente á la sazón.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Creerían que era mérito la concisión, aun en perjuicio de la claridad de las leyes.

Mas su intención no ha podido ser derogar la sabia disposición de la ley 23, tít. 5, Part. 3, ni extender su aplicación á otros casos en que no concurre la razón de la misma ley, ó en que no existe la ficción de la *litis contestatio.*

Dictada la nueva Ley de 15 de octubre de 1875, invocamos para su recta interpretación la ley 28, tít. 3, lib. 1, D., que dice: "Las leyes posteriores se interpretan por las anteriores, si no son contrarias." *Et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint.*

¿Cómo habían de haberse imaginado los redactores de la nueva Ley, que alguien les atribuyera más tarde la intención de derogar por el art. 397 la disposición de la ley española que aceptaban como justa en los juicios iniciados ya á la muerte del mandante?

Sea esto dicho en honor de los redactores.

Entretanto, vamos al fondo del art. 397, tomado de la ley 23, tít. 5, Part. 3.

La disposición fundamental no es otra cosa que la consecuencia lógica de este axioma de enjuiciamiento: *Procurator, lite contestata, dominus litis efficitur.* (L. 4, § 5, tít. 1, lib. 49 D.)

Supuesto que "el procurador, contestada la litis, se hace dueño del pleito", se sigue lógicamente que "no termina por la muerte del mandante el mandato para negocios judiciales."

La ficción legal, de convertirse el procurador en dueño del pleito, *lite contestata*, obedece á una necesidad real, la continuación de la instancia hasta la sentencia.

Pero sería fuera de razón extender la ficción á los casos en que, *re integra*, ha muerto el mandante. Esto

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

jamás ha sido admitido en ninguna legislación que sepamos.

¿Qué motivos habría para creer que el art. 397 no es la reproducción de la ley 23, tít. 5, Part. 3, sino su derogación?

No se descubren.

Al contrario, hay motivos poderosos para rechazar la derogación de esa ley en el caso de que tratamos.

Si el poder conferido para pleitos hubiera de subsistir á pesar de la muerte del mandante, antes de la *litis contestatio* ¿cuál sería la suerte de los herederos del finado?

El procurador tendría en su mano el medio de comprometer, demandando ó contestando, la fortuna de los herederos sin su noticia ó consentimiento.

El mandato no terminaría ya, *re integra*, por la muerte del mandante, sino sólo por la muerte del mandatario.

Representaría éste en los juicios á un individuo cuya personalidad había terminado con su muerte (art. 78 del Código Civil), cuyos derechos y obligaciones se habían transmitido á otros por la ley ó el testamento.

Litigaría el procurador sobre cosas que ya no eran de su mandante, ni aún suyas por la ficción de la *litis contestatio*.

Vendría por tierra el principio fundamental de derecho civil, «termina el mandato por muerte del mandante» (núm. 5, art. 2163 del Código Civil), principio que jamás podría derogarse sin trastornar las reglas del derecho civil.

Habría desaparecido la *ficción* de que «el procurador, contestada la litis, se hace dueño del pleito», para convertirla en regla general, extensiva indistintamente á todos los casos.

No es posible calcular las desastrosas consecuencias de una interpretación tan extraña del art. 397 de la Ley de 15 de octubre de 1875.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Si la letra del art. 397 mata, su espíritu vivifica. Si la redacción es oscura, su fuente, la ley 23, tít 5, Part. 3, es clara, limpia, razonable.

La mejor interpretación es la que se conforma á la equidad natural en la oscuridad de las leyes positivas.

Antes de la vigencia del Código Civil (1.º de enero de 1857), jamás se puso en duda la aplicación de la ley 23, tít. 5, Part. 3 al caso ficto de la litis contestación, á que se limita su disposición.

Desde la vigencia del Código Civil creyeron algunos que dicha ley 23 había sido derogada por el art. 2163, núm. 5, del mismo Código.

Mas la Corte Suprema no fué de esa opinión.

La sentencia de 17 de mayo de 1862, en el 2.º considerando, dice: "Que aunque el mandato, según el inc. 5.º, art. 2163 del Código Civil, termina por la muerte del mandante; esta disposición, aún tomada en su sentido absoluto, no es aplicable á los poderes conferidos para pleitos, materia propia de enjuiciamiento, quedando, por tanto, en su pleno vigor la ley 23, tít. 5, Part. 3" (y su concordante, la ley 18, tít. 10, lib. 1, F. R.)

La sentencia de la misma Corte de 2 de noviembre de 1869, confirmatoria de la de primera instancia, dice "que, según la ley 23, tít. 5, Part. 3, la *muerte* del mandante, acaecida después de *comenzado el pleito* por respuesta, no termina el mandato, y el procurador puede seguirlo legítimamente" (Gac. núm. 1428, cifra 2233; y núm. 1038, cifra 1060).

La Corte de Apelaciones de Concepción ha opinado por la derogación, en su sentencia de 17 de abril de 1872 (Gac. núm. 1582, cifra 1991): "Considerando: 1.º que, según el art. 2163, inc. 5.º y art. 2168 del Código Civil, sabida la muerte natural del mandante, cesa el mandatario en sus funciones; 2.º que, aunque la ley 23, tít. 5, Part. 3,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

disponía que no terminaba el mandato por muerte del mandante *después de trabada la litis*, esta disposición, ya se mire ó no como de procedimiento, se encuentra *derogada* por el artículo final del Código Civil en cuanto es contraria á las disposiciones del mismo Código antes citadas relativas al mandato.»

Las Cortes de Apelaciones de Santiago y de la Serena han andado vacilantes, opinando unas veces como la Corte Suprema y otras veces como la Corte de Concepción.

Los redactores de la nueva Ley de 15 de octubre imaginaron hacer cesar la divergencia de opiniones, restableciendo expresamente en el art. 397 la disposición de la ley 23, tít. 5, Part. 5.

No ha sido otra su intención.

Sin embargo, es preciso confesar que la redacción del art. 397 no es muy feliz.

Parece trunca, incompleta, oscura, aunque en realidad su espíritu no puede ser otro que el de la antigua ley de Partida, que es su fuente, á la que es preciso recurrir para descubrir su verdadera inteligencia, su alcance y limitaciones.

BERNARDINO A. VILA.

Santiago, junio de 1886.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN EXTRANJERA

LOS ACTOS DE COMERCIO EN EL NUEVO CÓDIGO ITALIANO

(Continuación)

El que se encarga de erigir un *edificio* ó *fábrica*, ajustándose á los planos propuestos y mediante precio convenido é invariable, cualquiera que sea el verdadero y efectivo desembolso de dinero que necesite verificar para adquirir los materiales ó remunerar la mano de obra de los trabajadores, emprende, sin duda, una especulación, desde el momento en que trata de aprovecharse de la diferencia de precio del costo de los materiales ó de los operarios, comparados con el que ha aceptado para llevar á cabo el negocio. Es más: el fondo de las varias operaciones emprendidas á este propósito, es eminentemente mercantil, toda vez que en la hipótesis de que el constructor facilite los materiales para la fábrica hace una reventa subsiguiente á una compra preventiva, consumada con el intento de revender, siendo indiferente que al adquirirlos se encontraran separados, y luego, terminado el edificio, vengan á reunirse formando un solo todo. No de otra manera tiene lugar el negocio, cuando el constructor no proporciona directamente los materiales; de todos modos, siempre resultará contratada á otras personas la mano de obra, con propósito lucrativo, para ultimar una operación de comercio. Esta observación, unida á la otra indicada anteriormente, acerca de la ventaja que se pretende conseguir de la diferencia de precios, en los dos distintos momentos económicos, explica por qué el Código italiano actual ha corregido,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

respecto á este género de empresas, el de 1865, que no las consideraba como mercantiles, sino en el caso de suministrar el mismo empresario los materiales; error á la vez jurídico y económico, cuyas peligrosas consecuencias, en la jurisprudencia, habían hecho sentir vivamente la necesidad de evitarlas, aboliendo tan absurda distinción.

La *Relación Ministerial* justifica del siguiente modo la modificación introducida: «Á la luz de los principios económicos y de la realidad práctica, es mui difícil hallar la razón de la diferencia entre reputar acto de comercio el de un empresario teatral, que mediante precio utiliza el trabajo de algunos cantantes ó artistas para dar un espectáculo público, y considerar acto civil el de aquel otro que toma á su cargo las obras de un canal, por ejemplo, sin facilitar los materiales, y emplea cierto número de operarios. Ninguno de los dos suministra á su comitente material alguno comprado con ánimo de revender; pero ámbos llevan á cabo un acto de comercio, porque la obra del hombre, ya sea intelectual ó mecánica, constituye un elemento de riqueza, un factor de la producción que puede ser objeto de contrato, y, por consiguiente, ambos empresarios se proponen ganar la diferencia entre el precio de la compra del concurso individual y el trabajo de los artistas ó de los operarios, y el precio de la reventa, constituido por el que se paga por el espectáculo ó la obra mecánica proyectada, objeto del contrato» (págs. 37 y 38).

Semejante á las de *fábrica* y *construcciones* son las empresas de *manufacturas*, bajo cuyo nombre se entiende el número de actos, no indiferente en importancia y cantidad, que alguno ejecuta sobre una primera materia con el fin de transformarla y reducirla á otras necesidades económicas. La intención de lucro toma en estos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

negocios su fisonomía jurídica, de la transformación misma que se causa en la primera materia, utilizando las máquinas y el trabajo ajeno. El empresario, al obligarse á transformar produciendo el objeto ó artefacto de que se trata, revende casi parcialmente el uso de las máquinas y la obra de otros alquilada por él con dicho intento, tendiendo á aprovecharse de su empleo y de la diferencia de precio.

De índole indudablemente mercantil son las *empresas de espectáculos públicos*, en las cuales la especulación se manifiesta bajo tantos y tan diversos aspectos y mediante serie de actos tan innumerables, que casi es imposible imaginar empresas de tal naturaleza sin atribuirles el concepto de *lucro*; las compras para revender, el alquiler de obras, constituyen base natural de aquellos espectáculos, ya se mire á los artistas sujetos á sueldo, ya á las producciones que se ponen en escena, á la parte del *atrezzo*, del arriendo del local y, por último, de los precios que el público paga por la entrada y billete respectivo. Es un conjunto de operaciones en el cual surge claramente la idea lucrativa deducida de la diferencia entre el precio de desembolso y el que se desea obtener, y la dificultad, en todo caso, se reducirá á señalar una empresa que reuna estas condiciones, cada vez que puede suceder que el espectáculo ofrecido al público tenga objeto distinto al lucro, como sería la instrucción ó la educación, que se haría preciso siempre el alquiler de obras y reventa de cosas adquiridas con ese fin, no lleva consigo el intento de la ganancia, ni en su consecuencia, el elemento mercantil.

Se cuentan también en el número de las empresas, las *editoriales*, *tipográficas* y las de compra y venta de *libros*, cuyo carácter comercial es inherente á su misma naturaleza: en las *editoriales*, porque el editor, por su contrato

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

con el autor de un libro, lo imprime y vende, no sin el auxilio de los tipógrafos y libreros, hallando su ganancia en la diferencia del precio y el alquiler del trabajo ajeno; en las *tipográficas*, porque el empresario comercia comprando los moldes, el papel para la imprenta, las máquinas, ajustando el trabajo manual de los operarios empleados, y revendiendo en otra forma las cosas obtenidas, con tal intención, para lucrarse por la diversidad de los precios; en las relativas á los *libros*, porque el librero verifica una serie de actos de compra y venta, de suerte que en la reventa de las obras literarias adquiridas con tal propósito, encuentra su beneficio.

VIII

El núm. 11 del art. 3.º clasifica igualmente como actos de comercio las *operaciones de banca*, y aunque la ley no dice cuáles son, ni lo explicaba tampoco el Código de 1865, fácil es comprender á qué se refiere, reflexionando sobre la importancia concedida actualmente á los Bancos públicos y privados en el movimiento económico de uno ó varios Estados entre sí; apreciando su influencia en el desarrollo de los negocios que por medio de ellos y todos los días se despachan; en el mayor valor que adquiere el dinero con su empleo inmediato, y en el uso corriente del crédito, que engendra una multitud de actos, cuyo fin se puede siempre reducir al del lucro. No nos detendremos en discurrir acerca de tales cuestiones, pues esto nos llevaría á una incompleta enumeración de las mismas, sin ofrecernos tampoco positiva ventaja para el examen que venimos haciendo.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

IX

Vehículo natural del movimiento bancario y el más útil por sus resultados, es el *cambio* de monedas y valores, ya tenga lugar mano á mano en presencia de las partes, ya en su ausencia ó en forma de remisión de dinero, desde el lugar en donde se recibió á aquel donde la persona que lo practica se ha encargado de ponerlo á disposición de otra, con ciertas condiciones. Este segundo modo de aparecer el cambio es conocido con el nombre de cambio *trayecticio*, y se manifiesta por el documento creado para su servicio con el nombre de letra de cambio, porque por medio de la correspondencia se facilita el pago de una cantidad á otra persona y en una época determinada.

No es nuestra intención consagrarnos aquí á históricas investigaciones sobre el orígen de la letra de cambio ni acerca de quién alcanzó la fortuna de introducirla, hallando así un medio eficaz de proveer á tantos y tan diversos intereses, evitando inútiles y á menudo peligrosos transportes de dinero é incalculable pérdida de tiempo. Una sóla cosa nos toca indicar, y es la notable modificación que con el progreso de los tiempos han sufrido las letras de cambio en cuanto á su forma y naturaleza, llenando en sus comienzos la necesidad de proporcionar dinero en lugar distinto del en que la letra se extendía, convirtiéndose en un verdadero título de crédito más tarde, y llegándose á estimar como una forma de obligación, como el signo representativo de una deuda contraída con otro, en el punto de su residencia ó fuera de allí.

MOISÉS VITALEVI

(Concluirá)

IMP. CERVANTES, Bandera, 73

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO II Santiago, 1.° de agosto de 1886 NÚM. 3

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Del robo con violencia ó intimidación en las personas, por don José Victorino Lastarria.— De la compensación, exposición del título XVII, libro IV del Código Civil, por don Luis Antonio Vergara.—Relaciones recíprocas entre la prensa y la legislación, por don José Joaquín Larraín Z.—Don Andrés Bello y el Código Civil (continuación), por don Miguel Luis Amunátegui Reyes.—Los actos de comercio en el nuevo Código italiano (conclusión), por don Moisés Vitalevi.

DEL ROBO CON VIOLENCIA Ó INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS

I

Semper in dubiis benigniora preferenda sunt. L. 56, D. § De div. reg. juris.

¿Lo constituye la circunstancia de arrebatar por sorpresa un objeto á la persona que lo lleva consigo?

Si lo constituye por sí solo el hecho de cometerlo en despoblado y en cuadrilla ¿se le pueden aplicar las penas del art. 433 del Código Penal?

Hé aquí dos cuestiones que nacen de la aplicación de los arts. 433, 436 y 439 del Código Penal, que no son entendidos de un mismo modo por todos, sin embargo de que su texto es claro, y de que no pueden confundirse, á nuestro juicio.

Se ha dicho con sobrada razón que la práctica judicial es el espejo en que se reflejan las imperfecciones de las leyes, pues, como éstas no deben establecer sino principios generales, sucede comunmente que al aplicarlos á la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

resolución de los casos que se ofrecen, los interpretamos de maneras diversas y aun contrarias, prevaleciendo á las veces una interpretación errónea.

Tal es, á nuestro juicio, la que considera que hay robo, en sentido legal, cuando se arrebata por sorpresa un objeto; como lo es la que establece que ese delito puede castigarse con la pena del art. 433, por sólo el hecho de apropiarse cosa ajena en despoblado y en cuadrilla.

Sin embargo, atendido el tenor de la ley, la primera de estas circunstancias es sólo agravante; y la segunda, si constituye robo, necesita ser acompañada de otros actos que determina el núm. 3.º del art. 433 del Código Penal para ser castigada con las penas allí determinadas.

El asunto es demasiado interesante, pues se trata nada menos que de aplicar penas severas, que no deben aplicarse con el corazón ligero. Necesitamos presentar los textos legales para resolverlo.

Se sabe que el art. 432 del Código Penal establece diferencia entre el robo y el hurto en esta forma:

«El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia cosa mueble ajena usando de violencia ó intimidación en las personas ó de fuerza en las cosas, *comete robo;* si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de *hurto.*»

Sobre esta base procede el Código á determinar las penas que aplica al robo, no considerado en sí mismo, sino en unión con otros actos criminosos que le agrupa para castigarlos en conjunto, siendo algunos de ellos crímenes calificados y penados en otros artículos; y otros, circunstancias que agravan el hecho principal. Hé aquí una falta de unidad. Veamos el artículo siguiente:

«Art. 433. El culpable de robo con violencia ó intimidación en las personas, sea que la violencia ó la inti-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

midación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo ó después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado con presidio mayor en su grado mínimo á muerte:

"1.º Cuando con motivo ú ocasión del robo resultare homicidio.

"2.º Cuando fuere acompañado de violación ó mutilación de un miembro importante.

"3.º Cuando se cometiere en despoblado y en cuadrilla, *si con motivo* ú ocasión de este delito se causare alguna de las lesiones penadas en el número 1.º del art. 397, ó el robado fuere detenido bajo rescate ó por más de un día.

"4.º En todo caso, el jefe de la cuadrilla armada total ó parcialmente.

"Hay cuadrilla cuando concurren á un robo más de tres malhechores."

Este artículo está copiado del 415 del Código Penal español, no reformado, con una agregación en el primer inciso, la cual principia en las palabras *sea que la violencia*, y termina en éstas: *para favorecer su impunidad.*

En esta disposición se ha pretendido metodizar las del Código Penal francés, arts. 381 y siguientes, partiendo de la diferencia que el español y el nuestro hacen entre robo y hurto. Pero la confusión no ha desaparecido, desde que ella se funda en la falta de unidad en el sistema, y de lógica en los principios del mismo Código, como lo veremos más adelante.

Sin salir del primer inciso, la violencia ó intimidación, sean anteriores, simultáneas ó posteriores al acto, no se definen. Pero se explican con ejemplos en el art. 439 que nuestro Código tomó del art. 12 de la ley patria sobre hurtos y robos, la cual lo había copiado á su turno del 725 del Código Penal español de 1822. Dice así:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

»Art. 439. Para los efectos del presente párrafo se estimarán por violencia ó intimidación en las personas los malos tratamientos de obra, las amenazas, ya para hacer que se entreguen ó manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia ú oposición á que se quiten, ó cualquiera otro acto que pueda intimidar ó forzar á la manifestación ó entrega. Hará también violencia el que para obtener la entrega ó manifestación alegare orden falsa de alguna autoridad, ó la diere por sí fingiéndose ministro de justicia ó funcionario público.»

En estos ejemplos de violencia ó intimidación no aparece, ni se puede suponer comprendida tácitamente, la circunstancia de arrebatar por sorpresa ropa, alhajas ú otros objetos á la persona que los lleva consigo; pues el que por sorpresa arrebata y huye, no ataca de obra, ni amenaza, ni intimida.

II

Sin embargo, hay, como lo hemos indicado, opiniones respetables que califican de robo ese acto, fundándose tal vez en que arrebatar por sorpresa es como forzar la entrega. Con todo, cuando se hace fuerza á una persona para tomarle alguna cosa, ó usamos de violencia física para obligarla á que nos la entregue, ejecutamos un acto que cabe en la disposición de la ley; pero que no puede confundirse con el de coger ó tomar cualquier cosa con precipitación, que es lo que se llama arrebatar. En esto no hay intimidación ó violencia *en la persona*. Hay un hurto porque, según la definición del art. 439, faltan los malos tratamientos de obra, que constituyen la violencia en las personas, y las amenazas, ó cualquiera otro acto que pueda intimidar ó forzar á la manifestación ó entrega de la cosa á la persona que era su dueño. Hay

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sólo un acto que sorprende, porque consiste en coger una cosa de repente, el cual, aunque causa susto, no causa violencia ni intimida, ni produce miedo que obligue á entregar. Las palabras de la ley deben entenderse en su sentido obvio y natural, según la regla del art. 20 del Código Civil.

Sin embargo de que la cuestión es más propiamente de aplicación de los principios establecidos en estas disposiciones, que de interpretación jurídica de las mismas, acabamos de hacer una que es puramente gramatical, y que nos parece correcta. Mas como la interpretación jurídica puede ser también lógica, vamos á hacerla en este sentido, para mostrar hasta la evidencia que el robo con violencia ó intimidación en las personas no se verifica, según el Código Penal, por el hecho de arrebatar por sorpresa alguna cosa.

Si esta circunstancia se comprendiera en los ejemplos con que el art. 439 explica lo que se estima por violencia ó intimidación en las personas, es claro que ella no podría ser considerada jamás como circunstancia agravante, sino como el delito mismo de robo, pues hay una disposición que así lo ordena, y es la siguiente:

"Art. 63. No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas *constituyen un delito* especialmente penado por la ley, ó que ésta haya expresado al describirlo y penarlo.

"Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito, que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse."

Esto es obvio. De consiguiente, si el arrebatar por sorpresa constituyera robo, esta circunstancia no podría nunca ser agravante; y entretanto tenemos una disposición que la considera tal, disposición que no existiría si el art. 439, ú otro cualquiera, hubiera considerado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

aquella circunstancia como constitutiva del robo. Esa disposición es el último inciso del art. 436 que dice así:

"Para la aplicación de estas penas *se estimará como circunstancia agravante* haberse cometido el delito arrebatando por sorpresa ropa, alhajas ú otros objetos á la persona que los lleva consigo, ó aparentando riñas en lugar de concurrencia ó haciendo otras maniobras dirigidas á causar agolpamiento y confusión, á fin de robar por este medio ó proporcionar ocasión para que roben los compañeros."

Esta disposición está copiada del art. 20 de la ley de hurtos y robos de 7 de agosto de 1849, BOLETÍN DE LAS LEYES, lib. XVII, núm. 8, con la diferencia de que éste contiene la frase siguiente: *sin hacer fuerza ó violencia en el sentido del art. 12.* Y como este art. 12 de dicha ley disponía textualmente lo mismo que el 439 del Código Penal, que dejamos copiado, es evidente que aquella ley no creyó comprendida la circunstancia de arrebatar por sorpresa en los ejemplos de violencia ó intimidación, sino que la mencionó como circunstancia agravante del robo en su art. 20, aplicando en este caso al robo, en virtud de dicha circunstancia, además de su pena, la de tres á dieziocho meses de presidio.

Esta interpretación lógica es concluyente, pues el Código Penal, al copiar de la ley de 1849 las dos disposiciones transcritas, no las varió en su determinación, y, por consiguiente, no pudo considerar, ni hay razón lógica de suponerlo, como constitutiva del robo la mencionada circunstancia agravante; de manera que la opinión contraria no es ni una aplicación correcta de las disposiciones citadas, ni se puede fundar en una interpretación jurídica ajustada á la gramática y á la lógica. En consecuencia, no es aventurado establecer que dicha opinión es injusta y contraria á las leyes.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La circunstancia de arrebatar por sorpresa es sin duda agravante, cuando recae, como lo dice el mismo art. 436 que la establece, en los robos ejecutados con violencia ó intimidación que no están en los casos de los artículos anteriores. Por ejemplo, si un hombre me detiene en mi camino amenazándome con un puñal, y me arrebata el reloj, fugándose en el mismo acto, comete robo según el art. 496; pero esta circunstancia no constituye el robo, sino que éste se realiza por la amenaza con que el ladrón me intimida. El Código español de 1822 tenía en su art. 652 por mal tratamiento de obra, es decir, por violencia constitutiva de robo, el susto peligroso dado á alguna persona á sabiendas y con intención de hacerle daño, siempre que efectivamente le resulte alguno; pero no debe confundirse con este mal tratamiento, que constituye robo, la circunstancia de arrebatar, aprovechando la intimidación, pues son actos de distinta naturaleza.

III

Dejando sentado que están bien definidas la violencia ó intimidación en las personas que concurren con el acto de apropiarse cosa ajena, ó antes ó después de este acto, examinemos las penas que establece el art. 433 para los casos que enumera. Estas penas son de presidio mayor en su grado mínimo á muerte.

Aquí el Código extiende la escala de la penalidad, de modo que la arbitrariedad judicial puede recorrer cinco grados, desde cinco años y un día á diez, de aquí á quince, de quince á veinte, de veinte á presidio perpetuo, y de aquí á muerte.

El Código español no reformado, del cual se copió nuestro artículo 433, no dejaba semejante latitud á la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

arbitrariedad judicial, pues establecía la pena de cadena perpetua á la de muerte, cometiendo, eso sí, como el nuestro, el error de acumular al robo varios delitos que pueden coincidir con él, para aplicarles en conjunto la misma pena. El comentador Pacheco, refiriéndose á las penas con que aquel Código castigaba los diversos accidentes ó circunstancias posibles en los robos, considera que esto es, filosóficamente hablando, una excepción á las reglas comunes del mismo Código.

Mas lo que eso importa, en verdad, es una inconsecuencia, una falta de lógica, que rompe la unidad y sistema del Código, y extravía la jurisprudencia penal.

Si el art. 74 del nuestro dispone que al culpable de dos ó más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes á las diversas infracciones, y resultan, con motivo ú ocasión de un robo, homicidios, violaciones, mutilaciones, lesiones graves de las penadas en el número 1.º del art. 397, ó retención de la persona robada bajo rescate ó por más de un día, la lógica exigía que se señalara al robo una pena, y que los reos, además de esta pena, sufriesen la correspondiente á cualquiera de estos otros delitos que se cometieran con ocasión de aquél. No se comprende, pues, por qué se olvidan estos principios para ordenar que se acumulen al robo, como accidentes ó circunstancias concurrentes, los demás delitos enumerados, á fin de que el juez no aplique la regla del art. 74, y pueda penarlos, como un solo hecho, recorriendo la vasta escala penal que establece el art. 433. ¿Se ha propuesto el Legislador aumentar la severidad de la pena en un robo complicado con tales accidentes? Pudo hacerlo, guardando consecuencia con la disposición del artículo 74, con sólo disponer que la pena de estos accidentes se elevara á grados superiores si era posible.

Por otra parte, el art. 75 no aplica la regla del 74,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cuando un solo hecho constituye dos ó más delitos, ó cuando uno de ellos sea el medio necesario de cometer el otro; y manda que en este caso sólo se imponga la pena mayor asignada al delito más grave. Entonces ¿por qué motivo altera esta disposición el art. 433, y altera todo el sistema penal adoptado en el Código, estableciendo otra penalidad enteramente arbitraria en los casos en que el robo sea acompañado de dos ó mas delitos, ó cuando uno de estos sea el medio necesario de cometerlo? ¿Será porque alguno de esos delitos tienen pena menor que la del robo? Considéreselos, en tal caso, como agravantes, y suba grados en la escala establecida para penarlos, como lo hacen otros códigos; y no invente una escala especial enteramente arbitraria, la cual viene á romper la unidad y á desbaratar el sistema establecido.

Para evitar esta anomalía y otras que resultaban del Código español que copió el nuestro, fué que en la reforma que se hizo en 1870, en España, se principió, en materia de robo, por suprimir la distinción que se hacía en aquel, de robo con violencia ó intimidación en las personas y robo con fuerza en las cosas; y se procedió á fijar las penas adecuadas á cada caso para evitar la confusión ilógica y la arbitrariedad injustificable que antes se habían adoptado como medios de vencer dificultades. El artículo antiguo del Código español quedó entonces en esta forma:

"Art. 516 de la reforma de 1870. El culpable de robo con violencia ó intimidación en las personas será castigado: 1.º Con la pena de cadena perpetua á muerte, cuando con motivo ó con ocasión del robo resultare homicidio. 2.º Con la pena de cadena temporal en su grado medio á cadena perpetua, cuando el robo fuere acompañado de violación ó mutilación causada de propósito, ó con su motivo ú ocasión se causare alguna de las lesio-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nes penadas en el núm. 1.º del art. 431, ó el robado fuese detenido bajo rescate ó por más de un día. 3.º Con la pena de cadena temporal, cuando con el mismo motivo ú ocasión, se causan alguna de las lesiones penadas en el núm. 2.º del artículo mencionado en el número anterior. 4.º Con la pena de presidio mayor en su grado medio á cadena temporal en su grado mínimo, cuando la violencia ó intimidación que hubiere concurrido en el robo, hubiese tenido una gravedad manifiestamente innecesaria para su ejecución, ó cuando en la perpetración del delito se hubiesen por los delincuentes inferido á personas no responsables del mismo, lesiones comprendidas en los núms. 3 y 4 del citado art. 431. 5.º Con la pena de prisión correccional á presidio mayor en su grado medio, en los demás casos.»

Después de esto, que sirve de norma, continúa la reforma fijando los demás casos posibles de robo y señalándoles la proporción adecuada de las penas ya establecidas. Así es que la disposición relativa á la tentativa de robo deja de ser una aberración, como lo es en nuestro art. 437, que la pena como el robo consumado, cuando está acompañado de algunos de los delitos expresados en el art. 433, sin advertir que lo que se castiga propiamente en este caso es el delito acompañado, y no la tentativa. En la reforma española se castiga la tentativa y el delito frustrado de robo únicamente cuando coincide el homicidio, y éste no merece mayor pena, guardando así consecuencia con las disposiciones análogas á la del art. 75 de nuestro Código, que también existen en el español.

Con todo, el señor González y Serrano, comentador del reformado, está en completo desacuerdo con la reforma, porque prefiere la severidad antigua como medio de evitar los robos en un país tan inseguro como España,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

razón que sin duda obró en el ánimo de los autores de nuestro Código para abandonar el plan lógico de nuestra ley de 1849, y preferir la severidad y la arbitrariedad que establecieron en el art. 433.

Aquella ley, que también suprimía la distinción del robo con violencia en las personas y robo con fuerza en las cosas, establecía la pena de presidio para los robos, en razón del importe de la cosa robada, y la aumentaba proporcionalmente según las circunstancias y delitos que lo agravaban, estableciendo que si la fuerza empleada consistiere en homicidio intentado, se aplicara la pena de este delito, porque, como el Código del Brasil, dejaba subsistentes las penas de homicidio, sin agruparlas á las del robo.

Mucho dudamos de que la severidad y arbitrariedad introducidas por el Código Penal hayan contribuido á reprimir el robo, pues la estadística acusa una considerable agravación, como lo prueba la monstruosa ley de 3 de agosto de 1876, que vino á hacer tabla rasa de aquellas disposiciones del Código un año y nueve meses después de su vigencia, agravando las penas con veinticinco azotes por cada seis meses de presidio, é imponiendo irremisiblemente la de muerte, siempre que al mismo tiempo el culpable de robo se hiciere reo de homicidio, violación ú otra injuria grave de obra contra las personas, con lo cual destruyó también la vastísima escala de penalidad que establecía el art. 433.

Comprendemos que es muy cómodo, por lo fácil, entronizar la arbitrariedad judicial, y apelar á penas draconianas, en lugar de tomarse el trabajo que hizo la reforma española de 1870, ó el que había anticipado nuestra ley de 1849, y en vez de hacer esfuerzos y gastos para proveer á la seguridad individual de los ciudadanos, en poblado y en los campos, en los caminos y las calles;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pero no se negará que semejante modo de gobernar y de legislar, aunque cómodo, es contrario á la ciencia del buen gobierno, á los principios de jurisprudencia, á la Constitución política, á la justicia y á la moral; fuera de que no es propio y escusable en un Estado de régimen regular, y de hombres capaces que tienen el deber de ejercer rectamente y con sabiduría sus funciones.

IV

Pero sea como quiera, creemos que es de mucha consideración el estudio de la disposición del número 3.º del art. 433, en relación con las del art. 435 y del 436.

Desde luego, los casos del número aludido y del art. 435 no deben ser considerados, mientras rija la ley de 3 de agosto, porque todos ellos son de injurias graves de obra contra las personas y deben ser castigados con la pena de muerte. La razón está en el art. 397, á que se refieren aquellas disposiciones, el cual considera como *lesiones graves*, resultantes del *mal trato de obra*, las que dejan al ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante ó notablemente deforme; y en segundo lugar, las que producen al ofendido enfermedad ó incapacidad para el trabajo por más de treinta días. Las penas señaladas para estos casos, cuando concurren con el robo con violencia en las personas, están sostituídas por la de muerte, en virtud de la ley de 3 de agosto, porque en todos ellos hay injuria grave de obra contra las personas.

De consiguiente, el estudio propuesto tiene su utilidad para cuando deje de existir en nuestra legislación ese borrón que se llama ley de 3 de agosto, y entretanto servirá para comprender bien el caso de robo en despoblado y en cuadrilla con lesiones, porque á pesar de la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vigencia de aquella ley, se registran sentencias sobre robos de estas condiciones en que se prescinde de ella y se aplican las disposiciones del Código Penal.

La apropiación de cosa ajena que se hace en despoblado y en cuadrilla es indudablemente un robo, aunque no concurra otra circunstancia ó accidente criminal; pues una cuadrilla en despoblado no puede dejar de intimidar á la persona atacada. Es cierto que también la intimidarían dos ó tres malhechores, y que en este caso también habría robo, pero ¿cuál pena se aplicaría en uno y otro crimen? En el segundo no hay cuadrilla, pues el art. 433, en su inciso final, declara que—«hay cuadrilla cuando concurren á un robo más de tres malhechores.»

Observaremos de paso que esta definición de la *cuadrilla*, dada en las mismas palabras que usa el artículo del Código español no reformado, de que fué copiada, no se presta á dudas. *Más de tres malhechores*, dice la ley: luego tres no forman cuadrilla, sino cuatro ó más. Sin embargo, Pacheco, comentando el art. 418 de aquel Código dice resueltamente estas palabras: «*Declárase ante todo cuadrilla la reunión de tres malhechores.* Nuestra práctica antigua exigía verdaderamente cuatro.»

Pues, á nuestro juicio, la disposición vigente no exije menos de cuatro, porque no declara cuadrilla la reunión de tres, sino la de *más de tres* malhechores. No nos explicamos la equivocación del ilustre comentador. De todos modos, un robo en despoblado y en cuadrilla, ó hecho por menos de cuatro bandoleros, sin lesiones, no cae bajo la disposición del núm. 3.º de nuestro artículo 433, sino que debe ser castigado con arreglo al art. 436, que señala la pena de los robos que no están previstos en los artículos anteriores, tomando por base el importe de las cosas robadas; y eso sin que se estime como agravante la cuadrilla, como quiere Pacheco, pues

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

es la circunstancia constitutiva del delito penado, bien que puede tomarse como agravante la de habérse cometido en despoblado, según el núm. 12 del art. 12 del Código Penal.

Para que se pueda castigar con arreglo al art. 433 un robo cometido en despoblado y en cuadrilla, es necesario, como observa muy bien Pacheco, que se reunan varias circunstancias, porque si no hay esa concurrencia, caeremos en otro caso, como los que antes hemos puesto. «La primera es que el robo se haya cometido en despoblado. La segunda, que sea en cuadrilla. La tercera, que se causen en él, ó con ocasión de él, alguno de los males referidos en el número 3.º Faltando cualquiera de estos tres términos, la hipótesis está incompleta. ¿No fué en despoblado? Pues no se puede imponer la pena de presidio mayor en su grado mínimo á muerte. ¿No lo cometió una cuadrilla? Tampoco puede imponerse. ¿No se causaron, en fin, los males personales de que trata aquel número? También falta en parte la requerida condición. Sólo uniéndose las tres referidas circunstancias, es cuando la ley se cree autorizada para decretar una pena tan grave.»

Mas si en el robo concurre alguna de estas circunstancias, á saber: lesiones que dejen al ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante ó notablemente deforme, ó el robado fuere retenido bajo rescate ó por más de un día, que son los accidentes que enumera el número 3.º, y no se hubiere cometido el robo en despoblado y en cuadrilla, entonces el caso cae bajo el art. 435, y el culpable sufrirá la pena de presidio mayor en su grado mínimo á medio.

Y en virtud del segundo inciso de este mismo artículo, la pena será de presidio menor en su grado máximo á

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

presidio, mayor en su grado mínimo, cuando las lesiones son aquellas de que trata el núm. 2.º del art. 397, esto es, las que producen al ofendido enfermedad ó imposibilidad para el trabajo por más de treinta días.

Estos preceptos son tan claros, que no pueden confundirse los casos. Si hay variedad en su aplicación, ello nace de que, con motivo de la falta de lógica de los artículos que acabamos de examinar con el plan del Código, y en razon de la vasta escala penal que establecen, agrupando diversos delitos, el magistrado deja de ser esclavo de la ley, y le sostituye su arbitrio.

En presencia de tales leyes, y sobre todo de la de 3 de agosto de 1876 que se aplica á estos casos, pierde toda su verdad el célebre dicho del canciller D'Agues-seau, al principiar su IXª *Mercurial* pronunciada en la *Saint-Martin*, 1706, á saber: «Poderlo todo por la justicia, y no poder nada por sí mismo, tal es la honrosa, aunque dura condición del magistrado.»

Aquellas leyes defectuosas no han sido parte á disminuír en lo menor la proverbial honradez y probada integridad de nuestra magistratura; pero por lo mismo y porque son ocasionadas á equivocaciones, deben suprimirse para quitar el peligro. Debemos reformar el Código Penal, ó, á lo menos, moderar la severidad con que á veces altera el plan de su penalidad.

V

Tal vez á esa severidad se deben ciertas opiniones que dan á algunas de sus disposiciones un alcance poco lógico. Sin salir de la materia que estudiamos, podemos hacernos cargo de la presunción que establece el art. 454, el cual se refiere á los artículos que hemos comentado. Dice así:

«Art. 454. Se presumirá autor del robo ó hurto de una

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cosa aquel en cuyo poder se encuentre, salvo que justifique su legítima adquisición ó que la prueba de su buena conducta anterior establezca una presunción en contrario.

«Se castigará como encubridor del robo ó hurto de una cosa al que la compre ó reciba á cualquier título, sabiendo su origen ó no pudiendo menos de conocerlo.»

No conocemos nosotros las fuentes de este precepto, ni se halla tal disposición en el Código Penal español, ni en los demás comparados por su comentador. Se pueden hallar disposiciones, como la del art. 28, número 3.º de la ley de hurtos y robos de 1849, que considera como encubridores á los que ocultan ó guardan cosas, sabiendo que son *hurtadas*, y á los que las compran ó reciben á cualquier título, sabiendo su origen ó no pudiendo menos de conocerlo, todo lo cual es conforme al art. 17 de nuestro Código, que trata de los encubridores; pero no se encuentra modelo á la presunción legal establecida en el primer inciso del art. 454.

Según esta presunción ¿es reo de robo con violencia en las personas ó fuerza en las cosas, ó reo de hurto en todos los casos que se realiza este delito, aquel en cuyo poder se encuentre la cosa robada ó hurtada, cualesquiera que sean las circunstancias que aumentan la gravedad del crimen? Muy bien. ¿Y qué pena merece este presunto criminal, este reo de la ley y no de un hecho? ¿Merecerá la del caso en que haya sido clasificado el hecho principal, de modo que si lo ha sido en alguno de los señalados en el art. 433, por ejemplo, deba ser castigado con presidio mayor en su grado mínimo á muerte, solamente por la presunción? La ley no lo dice, y debió de decirlo, puesto que su letra, si se toma en su tenor literal, nos aleja del espíritu general de la legislación y de la equidad natural.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Supongamos un robo hecho en cuadrilla y en despoblado, en una choza aislada que habita una familia, habiendo resultado un homicidio, ó varias heridas graves del choque. El hecho aparece comprobado, pero no se ha aprehendido á los delincuentes, sino á un campesino, que tenía en su poder una manta perteneciente á los individuos robados, y cuya legítima adquisición no puede probar, porque se la halló, ó se la dieron, ó la compró sin saber á quién. La pena de la ley de 3 de agosto, y la del art. 433 del Código Penal es la de muerte. ¿Se le impondría á este campesino en virtud de la presunción legal que establece el art. 454, suponiéndolo *autor del robo?*

Hay una interpretación que sostiene la afirmativa. Pero ella, aunque fundada en la letra de la ley, es á nuestros ojos, contraria al art. 24 del Código Civil y á la 1.ª, tít. 34, Part. 7.ª, según la cual todos los jueces deben ayudar á la libertad por ser amiga de la naturaleza. Semejante interpretación peca por su severidad contra el precepto del Digesto que hemos puesto por lema al frente de este estudio, y es diametralmente opuesta á la equidad, é injusta.

Si en el caso propuesto, al presunto autor del robo no se le puede presumir autor del homicidio, ni de las lesiones, puesto que la presunción del art. 454 se limita al robo ó al hurto, es evidente que no se le puede castigar con las penas del art. 433, ó de la ley de 3 de agosto.

Eso en primer lugar. Si se le presume autor del robo, es necesario advertir, en segundo lugar, que así como no hay prueba de que haya tenido parte en el homicidio, ni en las lesiones, tampoco la hay de que haya hecho violencia ó intimidación á las personas, ó fuerza en las cosas. Luego, si se le presume autor del robo, la presunción

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

queda reducida á suponer que se ha apropiado cosa ajena contra la voluntad de su dueño, en tanto no se le pruebe que ha hecho violencia, intimidación ó fuerza. Esto es lógico y conforme á la equidad natural.

Si hay razón para admitir la interpretación contraria, será porque la presunción no está bien determinada, y en este caso no se puede condenar por ella. El Diccionario de Escriche, (v. *presunción*) ha refundido la doctrina de los prácticos á este respecto en las siguientes palabras: "La presunción *juris et de jure*, *estando bien determinada* por la ley, es bastante para probar plenamente; y la presunción *juris* del mismo modo, no probándose lo contrario." Nuestro Código Civil llama *legales* estas presunciones (art. 1712), y el art. 47, distinguiéndolas en presunción legal y presunción de derecho, para admitir prueba en contra de la primera y no admitirla contra la segunda, establece que "se dice *presumirse* el hecho que se deduce de ciertos antecedentes ó circunstancias conocidas".

Ahora bien, el art. 454 presume autor del robo ó hurto de una cosa á aquel en cuyo poder se encuentre. Luego, del hecho de la posesión de la cosa, deduce que el poseedor es el ladrón; y como no determina nada respecto de la culpa de éste en las circunstancias ó accidentes criminosos que acompañaron el robo ó el hurto, es evidente que semejante presunción legal, no determinada, no prueba plenamente nada respecto de estas circuntancias, aunque pruebe que el poseedor es culpable, si no justifica su legítima adquisición ó su buena conducta, la cual establece presunción contraria.

Será el poseedor culpable por presunción, pero ¿de qué? Lo será de robo ó de hurto, según la naturaleza del hecho sobre que recae el proceso, pero si no se le convence de haber tenido parte en la violencia ó intimi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dación en las personas, ó en la fuerza en las cosas que han constituido el robo; ó si, por otra parte, el juez, apreciando la prueba con entera libertad, no le cree culpable de estas circunstancias, no puede condenarle como autor de robo, porque la presunción indeterminada del art. 454 no prueba nada plenamente respecto de estas circunstancias, y sólo viene á servir en último caso para presumir que el poseedor se ha apropiado la cosa sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse.

En tal caso, se le debe castigar por hurto, y, según el valor de la cosa, será reo de delito ó de falta.

Esta inteligencia del art. 454 es arreglada al 24 del Código Civil, porque es la más conforme al espíritu general del Código Penal y á la equidad natural. La contraria es opuesta á la regla del Digesto ya mencionada, que Sala traduce diciendo que siempre debe seguirse lo más benigno, especialmente cuando *se trata de penas*, D. R. de España, tít. VIII, L. 3 º.

De otra manera las penas se hacen desproporcionadas é inadecuadas al delito que se presume, y pueden llegar á una exageración injustificable. Los defectos y la falsedad de un argumento de fuerza aparente se prueban aplicándolo en toda su extensión, y la aplicación de la opinión que combatimos á todos los casos en que puede establecerse la presunción del artículo 454, no resiste á esta prueba.

¿Cuál será la responsabilidad de un reo presunto, cuando el Código Penal, al tratar en su título segundo del Libro primero sobre las personas responsables de los delitos, no habla una palabra de delincuentes presuntos?

¿Cómo puede ese reo presunto ser responsable de los accidentes criminales que agravan el delito de robo y el de hurto, cuando es un principio de jurisprudencia criminal que los actos que constituyen circunstancias

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

agravantes sólo agravarán, como decía el art. 35 de nuestra antigua ley de hurtos y robos, la pena del que los ejecuta, como no puede dejar de suceder, en una penalidad tan variada como la de estos delitos, que se castigan de distintos modos en las diversas circunstancias?

En conclusión, el citado art. 454 hace fuego contra el mismo Código Penal, en que se injertó, contra los artículos 47 y 1712 del Código Civil, según los cuales no hacen plena prueba las presunciones legales que no son de derecho, contra la ley 26, tít. 1.º Part. 7.ª, que no admite presunciones en los juicios criminales, por la sabia razón que da la 8.ª, tít. 14, Part. 3.ª, cuando dice que todo pleito no se puede fallar por presunciones, *porque las sospechas muchas vegadas non se aciertan con la verdad.*

J. V. Lastarria

DE LA COMPENSACIÓN

EXPOSICIÓN DEL TÍT. XVII, LIB. IV DEL CÓDIGO CIVIL

Memoria presentada á la Universidad para optar al grado de licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas.

I

DEFINICIÓN Y FUNDAMENTO DE LA COMPENSACIÓN

El artículo 1655 del Código Civil está concebido en los términos siguientes:

"Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una *compensación* que extingue ambas

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

deudas del modo y en los casos que van á explicarse.»

No ha definido, pues, la ley, de un modo categórico, lo que debe entenderse por compensación; sin embargo, con los elementos que ella misma nos da, es fácil determinar la significación legal de esta palabra.

Ya en el art. 1567 al enunciar los diversos modos por que se extinguen las obligaciones, nos dice que uno de ellos es la compensación y más adelante, tratando especialmente de él, agrega que tiene lugar cuando dos personas son deudoras una de otra, indicándonos uno de los requisitos necesarios para que aquella se opere.

Así, por ejemplo: si A debe á B 1,000 pesos por causa de mutuo y al mismo tiempo B á A igual cantidad por razón de una manda que está obligado á cumplir en favor de A, tanto éste como B reunirán las calidades de deudor y acreedor uno de otro, ambos serán recíprocamente deudores y acreedores y, en consecuencia, las obligaciones de ambos se extinguirán en su totalidad. Dejará de existir la deuda en fuerza del crédito y el crédito en fuerza de la respectiva deuda (Pothier).

La compensación puede, por lo tanto, considerarse como una ficción de derecho por la que se supone que las partes se han pagado mutuamente sus deudas, y decimos una ficción de derecho porque, como lo veremos más adelante, el pago que ella supone está lejos de ser un pago efectivo y real.

Sin embargo, en realidad, el que compensa paga, principio que, á la vez de manifestar el verdadero carácter de la compensación, es de suma utilidad para resolver acertadamente las diferentes cuestiones con que se tropieza en el estudio de este modo de extinguir las obligaciones.

Y así: las leyes de Partidas, al tratar de los *quitamientos* y pagas, se expresan muy bien al definir la com-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pensación diciendo: que «*es una manera de pagamiento* por que se desata la obligacion de la debda que un ome debe a otro» y, para caracterizarla mejor, agregan «que en romance la palabra *compensatio* en latín tanto quiere decir como descontar un debdo por otro» (Ley 20, título 14, Part. 5.ª).

La compensación se funda en la interpretación muy probable de la común voluntad de las partes y en la utilidad de las mismas.

Efectivamente y sirviéndonos del ejemplo puesto más arriba, supóngase que A paga á B los 1,000 pesos que le debe ¿en qué situación queda con relación á la cantidad que B respectivamente le adeuda? ¿Estará dispuesto este último á pagar por su parte el legado que debe, ó se verá obligado A á seguir un juicio y á sufrir las molestias consiguientes y los mil expedientes dilatorios de que sin duda se valdrá su deudor para retardar el pago de su deuda? Pero aún suponiendo que B estuviera en disposición de cumplir con la última voluntad del testador ¿quién puede asegurar que á consecuencia de sus malos negocios no caiga en el intermedio en falencia y, á pesar de su buena voluntad, le sea imposible pagar el legado?

Es evidente, por lo tanto, que está en el interés de las partes compensar más bien que pagar, pues por medio de la compensación las deudas se solucionan de un modo más expedito, más breve y, sobre todo, más seguro para los acreedores.

Por otra parte, no es posible que un deudor, exacto en el cumplimiento de sus obligaciones, quede expuesto á la mala fe de su respectivo deudor que, por su parte, no las cumple.

Á más de este fundamento de verdadera justicia, hay otro de utilidad, cual es que, por medio de la compensa-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ción, se evita un rodeo inútil, dando con una mano lo que acaba de recibirse con la otra, evitándose también los gastos de transporte en aquellos casos en que las obligaciones contraídas deban cumplirse en diverso lugar, como por ejemplo: si estando uno de los deudores domiciliado en Valparaíso debe pagar cierta cantidad en Santiago, y el deudor domiciliado en Santiago debe pagar á su vez la misma cantidad en Valparaíso.

II

DOS ESPECIES DE COMPENSACIÓN

La compensación puede ser *legal* ó *facultativa.*

Nuestro Código Civil sólo trata de la primera, que es aquella que se verifica por el ministerio de la ley, siempre que las deudas reunan los requisitos que ella misma exije para que se opere.

En cuanto á la compensación *facultativa*, no la menciona, y mucho menos determina las circunstancias que le dan origen.

Sin embargo, como es evidente que ella existe y que dentro de la doctrina de nuestro Código puede oponerse perfectamente, conviene definirla sin entrar por ahora á determinar los casos en que tiene lugar, los que señalaremos en el curso de este trabajo, al estudiar la compensación legal única de que trata el Código y única de que nosotros trataremos.

Compensación *facultativa* es aquella que sólo puede oponer una de las partes, porque el obstáculo que impide en ese caso la compensación legal lo ha establecido la ley en su interés individual, y, por lo tanto, puede re nunciarlo.

Parece que el primero que dió á esta especie de com-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pensación el nombre de *facultativa* fué Delvincourt, y esta denominación ha sido adoptada por todos los jurisconsultos.

III

REQUISITOS DE LA COMPENSACIÓN

Conforme al art. 1655 del Código Civil arriba transcrito, para que la compensación se opere no basta que dos personas sean recíprocamente deudoras, es necesario, además, que las deudas que se alegan reunan los requisitos que el mismo Código enumera en los artículos siguientes.

Estos requisitos son:

1.º Que ambas deudas sean de dinero ó de cosas funjibles ó indeterminadas de igual género y calidad (artículo 1656).

2.º Que ambas sean líquidas (art. 1656).

3.º Que ambas sean actualmente exigibles (art. 1656).

4.º Que las dos partes sean recíprocamente deudoras (art. 1657).

5.º Que ninguna de las deudas sea de aquellas que la ley declara ineficaces para operar la compensación (artículo 1662).

Por último, es necesario que la compensación no se verifique en perjuicio de los derechos de un tercero (artículo 1661).

Estudiaremos separadamente cada uno de estos requisitos y concluiremos por determinar los principales efectos de la compensación.

I.—*Que ambas deudas sean de dinero ó de cosas funjibles ó indeterminadas de igual género y calidad.*

La compensación, ya lo hemos dicho, es un pago ficticio y abreviado; por lo tanto, es evidente que sólo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

podrán compensarse aquellas deudas que tengan por objeto cosas que puedan servir de pago una de otra. Ahora bien, el art. 1569 del Código Civil dispone que el acreedor no podrá ser obligado á recibir otra cosa que la que se le deba, ni aún á pretexto de ser igual ó de mayor valor la ofrecida; en consecuencia, tampoco podrá ser obligado á aceptar en compensación de su crédito una cosa diversa de la que se le debe.

Es necesario, pues, para que la compensación se verifique, que ambas deudas tengan un objeto semejante: no sería posible obligar á un deudor á retener á título de pago una cosa distinta de la que ha estipulado, obligarlo á recibir un caballo cuando lo que él ha estipulado es un libro.

Las cosas funjibles, en cuanto pueden reemplazarse mútuamente, hacer la función una de otra, cumplen perfectamente con esta condición. En efecto, si A debe á B dos fanegas de trigo de cierta cosecha y posteriormente adquiere un crédito en contra de B por dos fanegas del trigo de la misma cosecha, ambas deudas se extinguirían por medio de la compensación, puesto que el objeto de la obligación de A es precisamente el mismo que el de la de B, y, por consiguiente, operada la compensación, las partes quedarían en la misma situación en que habrían quedado si hubieran cumplido efectivamente con sus obligaciones.

No basta, sin embargo, que ambas deudas tengan por objeto cosas funjibles en absoluto, aisladamente consideradas. Así, nada más funjible que el vino y el trigo, y no obstante será injusto pretender compensar obligaciones que tienen por objeto vino Burdeos con otras cuyo objeto es vino de Champaña, obligaciones que tienen por objeto trigo de superior calidad con otras cuyo objeto es trigo de la calidad más inferior.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Es necesario, pues, para que la compensación pueda operarse, que las cosas de que se trata sean funjibles una con relación á la otra, ó como lo dice el Código, que sean de igual género y calidad.

No basta la *funjibilidad absoluta* es necesaria la *funjibilidad relativa (Demolombe,* Trat. de los contrat., tomo 5.º).

De otro modo no se alcanzaría el objeto que la ley tuvo al establecer la compensación ó más bien esta degeneraría, puesto que los deudores no obtendrían ni aun ficticiamente el pago de sus deudas.

La compensación tiene también lugar en las deudas de dinero, lo cual es más bien una aplicación del principio que acabamos de exponer. El dinero, en términos generales, es esencialmente funjible y como tal compensable.

Sin embargo, no debe olvidarse que la voluntad de las partes ó la naturaleza misma de la obligación puede convertir en no funjible una cantidad de dinero, y, en consecuencia, no sería ya admisible la compensación. Si por ejemplo, una de las partes debe cierto número de monedas en especie, como cuerpo cierto, sea por un valor histórico ó de afección, no podría pretender compensar su deuda con cierta suma que, *in genere*, le debe su acreedor.

Si las cosas, materia de ambas obligaciones, son indeterminadas del mismo género y calidad, no hay motivo para que la compensación no se verifique.

El deudor en esta especie de obligaciones sólo está obligado á entregar un individuo del género de una calidad á lo menos mediana. Ahora bien, si ambas deudas se refieren á cosas indeterminadas del mismo género y calidad, pudiendo efectuarse con ellas el pago, es evidente que también pueden oponerse en compensación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Cada uno de los acreedores obtendrá el pago de su crédito, conservando en su poder la cosa que él á su vez debe entregar á su deudor.

A debe á B seis fanegas de trigo indeterminado y B á A seis fanegas del trigo que se cosecha en cierta hacienda. ¿Podrá cualquiera de estos deudores alegar la compensación á la demanda del otro?

Es evidente que su situación respectiva no es la misma, y, por lo tanto, que la solución será diferente según sea el que pretenda que su deuda se ha compensado con la de su acreedor.

El crédito de A es perfectamente determinado y, por consiguiente, conforme al art. 1569, no podrá A ser obligado á recibir en pago otra cosa que la que se le debe.

La compensación que B alegare carecerá, en consecuencia, de fundamento legal y será rechazada.

No sucede lo mismo con relación al crédito de B, puesto que siendo indeterminado, A cumplirá con su obligación entregando seis fanegas de trigo de una calidad á lo menos mediana, requisito con que puede cumplir el trigo que B le adeuda. A podrá, por consiguiente, oponer la compensación á la demanda de B.

Pero es evidente que esta compensación no se habrá verificado por el ministerio de ley, desde el momento en que ambas partes fueron recíprocamente deudoras; para ello ha sido necesario que A manifieste su voluntad de pagar á B con el trigo que éste le adeuda.

No será esta, pues, una compensación legal, sino facultativa por parte de A que ha podido perfectamente renunciar al derecho que tenía para que B cumpliera con su obligación entregándole el trigo que especialmente estipuló.

Sin embargo, no quiere esto decir que la compensa-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ción en este caso sea judicial, esto es, que para que se opere haya necesidad de una declaración del juez: como hemos dicho, depende sólo de la voluntad de aquella parte que puede oponerse á ella, y de consiguiente se verificará desde el momento en que dicha parte manifieste su voluntad en este sentido.

Lo mismo deberá resolverse en el caso en que una de las obligaciones sea alternativa ó facultativa.

II.—*Que ambas deudas sean líquidas.*

Una deuda es líquida cuando consta su existencia y su cantidad (*Pothier*, Oblig. núm. 592).

Para que la compensación se verifique, es necesario, por consiguiente: 1.º certidumbre de que la deuda que se trata de compensar existe, y 2.º que su cantidad sea determinada.

Mucho se ha discutido y se discute acerca del fundamento jurídico de este requisito. No pretendemos, por nuestra parte, entrar al fondo de la cuestión debatida y sólo expondremos las razones que aducen algunos en su apoyo, sin desconocer las graves objeciones que pueden hacérseles.

La compensación, dicen, reposa en la ficción de un pago recíproco, y, por lo tanto, puede decirse que no son compensables aquellas deudas que no pueden actualmente pagarse.

Ahora bien, una deuda que aún no se ha liquidado no puede pagarse actualmente: su pago no puede ser ni ofrecido por el deudor ni exigido por el acreedor; en consecuencia, tampoco puede pretenderse su compensación. —*(Demolombe)*.

Mourlon y algunos otros razonan del modo siguiente: La compensación está fundada en el interés común de las partes; no puede, en consecuencia, oponerse si perjudica á cualquiera de ellas. Ahora bien, cuando una de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

las partes cuyo crédito es líquido y exigible, exige el pago de lo que se le debe, se le perjudicaría evidentemente con el pretexto de que su deudor puede llegar á ser su acreedor. De aquí resultaría que se pondría un plazo á un crédito actualmente exigible, puesto que el acreedor estaría obligado á esperar, para ser satisfecho, á que el tribunal se pronunciara acerca de las pretensiones del demandado.

No hay certidumbre de que exista una deuda que se ha negado y que en consecuencia se encuentra *sub lite*. Sin embargo, es necesario precaverse de la mala fe del litigante que sin motivo ni pretexto desconoce la deuda que se opone en compensación á su demanda.

La ley no exige ni puede exigir, sin hacer completamente ilusoria la compensación, que la deuda esté igual y formalmente reconocida por ambas partes.

De modo que si maliciosamente y sólo por retardar una condenación inevitable, niega una de las partes la deuda que se le opone en compensación y de cuya existencia no puede caber la menor duda, el juez, desatendiendo esta infundada oposición, deberá declarar extinguida la obligación cuyo cumplimiento se exije.

Hemos dicho que en segundo lugar es necesario, para que la compensación se verifique, que la deuda sea de cantidad determinada.

No podría, por consiguiente, oponerse en compensación una deuda proviniente de daños y perjuicios, cuyo monto no se conoce aún de un modo positivo.

Pero es menester también no ir demasiado lejos rechazando la compensación con respecto á deudas cuya cantidad, aun cuando no aparece desde luego á la vista, puede determinarse fácilmente por medio de un simple cálculo aritmético, sumando, por ejemplo, las diversas partidas de una cuenta aprobada ya en todas sus partes

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ó determinando los intereses de una cantidad dada en mutuo.

Conviene tratar ahora del caso en que ambas deudas no sean pagaderas en el mismo lugar, y que resuelve el Código Civil en su art. 1664 de un modo que á primera vista parece estar en contradicción con el núm. 2 del art. 1656 del mismo Código de que venimos tratando.

El art. 1664 citado dice lo que sigue: "Cuando ambas deudas no son pagaderas en un mismo lugar, ninguna de las partes puede oponer la compensación, á menos que una y otra deuda sean de dinero, y que el que opone la compensación tome en cuenta las costas de la remesa." Desde luego llama la atención que en este caso sólo puedan compensarse las deudas de dinero, excluyéndose, por lo tanto, las de cosas funjibles ó indeterminadas del mismo género y calidad. No vemos la razón que haya inducido al Legislador á establecer esta disposición restrictiva. Por el contrario, nos parece que unas y otras deudas se encuentran con respecto á este caso en la misma situación, y, en consecuencia, que el artículo transcrito, por identidad de razón, debió referirse tanto á unas como á otras.

En el proyecto de Código Civil redactado por la Comisión de Legislación y publicado por don Enrique Cood en su obra titulada *Antecedentes Legislativos del Código Civil de Chile*, existía también este artículo (De los contratos y obligaciones convencionales, tít. XVI, art. 8) pero en una forma más general y aplicable, en consecuencia, á todas las deudas que por su naturaleza son suceptibles de compensarse. No sabemos por qué se modificó en esta parte el proyecto dándole la redacción que actualmente tiene en el Código Civil aprobado.

Por lo demás, como decíamos, parece á primera vista que el artículo que estudiamos está en contradicción con

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el requisito que exige que las deudas que se oponen en compensación sean líquidas, puesto que el que opone la compensación en este caso deberá tomar en cuenta los costos de la remesa, costos que no pueden establecerse sin ejecutar las operaciones necesarias para determinar el cambio corriente entre los respectivos lugares.

Pero esta contradicción no es más que aparente y corrobora lo que ya hemos dicho, esto es, que deben considerarse líquidas para los efectos de la compensación no sólo aquellas deudas cuyo monto aparece desde luego en el título, sino también las que fácilmente pueden liquidarse.

Réstanos sólo estudiar si la compensación en este caso se verifica por el ministerio de la ley ó si es facultativa.

En el proyecto citado se resolvía expresamente lo último: el Código Civil nada dice, y los jurisconsultos que tratan de esta materia están discordes en sus opiniones.

Sin embargo, si se toma en consideración que nuestro Código sólo habla de la compensación legal, no hay motivo para creer que en este caso haya establecido una compensación facultativa; y esto se comprueba con la supresión que en esta parte se hizo al proyecto.

LUIS ANTONIO VERGARA.

(Concluirá)

RELACIONES RECÍPROCAS ENTRE LA PRENSA Y LA LEGISLACIÓN

I

Me propongo exponer los casos en que nuestra legislación civil y nuestro derecho público reclaman el auxilio de la prensa.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Me alienta la vanidad de que este pequeño y somero estudio pueda servir en algo, en adelante, así á los editores y escritores, como á mis compañeros de tareas forenses.

No pretendo que la enumeración hecha sea completa; en todo caso, no conozco otra anterior.

Y como muchos de los artículos citados se prestan á gran desarrollo y largos comentarios, he aquí porque no creo exagerado decir que hay en este trabajo apuntes para un libro.

II

CÓDIGO CIVIL

1. El auxilio de la prensa es requerido por la legislación civil, como el único órgano autorizado para la promulgación y conocimiento de la ley.

Dice el art. 6.°, § 2.° Tít. Prel.: *La ley no obliga sino en virtud de su promulgación por el Presidente de la República, y después de transcurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella.—La promulgación deberá hacerse en el periódico oficial; y la fecha de la promulgación será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicho periódico.*

Como se ve, no existe sino una forma de promulgación: la prensa. Una ley no impresa en el periódico oficial, no obliga á su obediencia; no es propia y prácticamente ley. Mientras ella permanezca en manuscrito, aun dictada por el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Estado, la obligación de obedecerla está en suspenso, ó, más propiamente dicho, no existe.

2. Para presumir muerto al desaparecido, el Código echa también mano de la prensa.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El art. 81 determina en su inciso 2.º que entre las pruebas "será de rigor la citación del desaparecido, que deberá haberse repetido hasta por tres veces en el periódico oficial, corriendo más de cuatro meses entre cada dos citaciones." Y el inciso 5.º añade: "Todas las sentencias, tanto definitivas como interlocutorias, se insertarán en el periódico oficial."

3. Toda enagenación de cualquiera parte de los bienes pupilares raíces, deberá, conforme al art. 394, efectuarse por medio de pública subasta.

4. Los decretos de interdicción provisoria y definitiva del disipador, deberán, dice el art. 447, inscribirse en el Registro del Conservador, y notificarse al público por un periódico del departamento, si lo hubiere.

La misma disposición, según el art. 461, rige en los casos de demencia.

5. Las rehabilitaciones obtenidas por el pródigo ó demente, se harán, según los arts. 455 y 461, con las mismas formalidades, es decir, con inscripción, notificación y publicación en los diarios del auto de rehabilitación.

6. La autoridad, á que se entregue una especie mueble al parecer perdida, deberá, según el art. 629, dar aviso del hallazgo en un periódico del departamento, designando en dicho aviso el género y calidad de la especie, el día y lugar del hallazgo.

Si no pareciere el dueño, se dará este aviso hasta por tercera vez, mediando treinta días de un aviso á otro.

Un año después del último aviso, según el art. 630, si no pareciere el dueño, la especie se venderá en pública subasta.

7. Respecto de especies salvadas de un naufragio, y cuyos dueños no parecieren, debe procederse, según lo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

expresa el art. 637, á la publicación de tres avisos, mediando seis meses de un aviso á otro.

8. Igual disposición rige, según el art. 642, respecto de las presas hechas por bandidos, piratas ó insurgentes, que han sido represadas, pero cuyos dueños no han aparecido. Los represadores se harán dueños de ellas, si los dueños no las reclaman en un año contado desde la fecha del último aviso.

9. Todo albacea, dice el art. 1285, será obligado á dar noticia de la apertura de la sucesión por avisos publicados en el periódico del departamento, y cuidará de que se cite á los acreedores por edictos que se publicarán de la misma manera.

La omisión de estas diligencias, añade el art. 1287, hará responsable al albacea de todo perjuicio que irrogue á los acreedores.

10. Las obras inmateriales, ó en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, como una composición literaria, ó la corrección tipográfica de un impreso, dice el art. 2006, se sujetan á las disposiciones especiales de los artículos 1997, 1998, 1999 y 2002 (regularización de precio por peritos, y acción de perjuicios).

Los servicios inmateriales que consisten en una larga serie de actos, como los de los escritores asalariados para la prensa y otros, se sujetan á las reglas especiales de los artículos 2008 á 2012.

11. La disolución de la sociedad, dice el art. 2114, no podrá alegarse contra terceros, sino en los casos siguientes:

... "2.º Cuando se ha dado aviso de la disolución en el periódico del departamento, ó por carteles en tres de los parajes más frecuentados del mismo."

12. El acreedor prendario, según el art. 2397, tiene el derecho de pedir que la prenda del deudor moroso

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sea vendida en pública subasta para que con el producido se le pague.

Con relación á este mismo asunto, en el Reglamento de Casas de Prendas, dictado el 1.º de septiembre de 1877, se encuentran los preceptos siguientes:

"Art. 11. Si pasado el tiempo por que fué empeñada una prenda, el dueño de ella no se presentara á pagar el valor del capital y de los intereses que adeudase, el prestamista hará publicar su número por diez días á lo menos en algún periódico del departamento; y si pasare un mes desde el día de la publicación del aviso sin que el dueño se presente á rescatarla, se presentará al juez," etc.

Y en seguida el 18 añade: "La subasta de prendas se hará por el martillero público, ó, en su defecto, por quien el juez designe; y se avisará por lo menos con tres días de anticipación de aquel en que deba verificarse el remate, la hora, día y el lugar en que deberá efectuarse." "El aviso y la lista especificativa de las prendas que hayan de rematarse se publicarán por la prensa," etc.

13. Por último, y para terminar con esta parte de la Legislación Civil, aún siendo materia de procedimiento, importa anotar aquí lo que la ley sobre habilitación de edad, dictada en agosto 13 de 1859, dispone en su artículo 2.º sobre que la citación á los parientes, señalando día y hora, se fijará por carteles y se anunciará por uno de los periódicos.

III

CÓDIGO DE COMERCIO

1. Por el artículo 87 se ordena á los martilleros publicar con la conveniente anticipación un catálogo im-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

preso ó manuscrito de las especies que tengan en venta, expresando en él el lugar del depósito, días y horas de inspección, y de principio y conclusión del remate.

Esta disposición fué ratificada por el art. 5 del Reglamento de Martilleros de setiembre 3 de 1866, el que, suprimiendo la frase *manuscrito*, reproduce literalmente el precepto del Código, añadiendo:

"En los pueblos donde no hubiere imprenta se cumplirá dando al mismo catálogo manuscrito toda la posible publicidad.

"No podrá rematarse ninguna especie que no haya sido anunciada en los carteles, á menos que su dueño consienta expresamente."

2. Tratándose de anuncios, el art. 105 declara que las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos, ó en cualquiera otra especie de anuncios impresos, no son obligatorias para quien las hace.

3. Sobre este mismo punto, aunque con referencia especial á los empresarios públicos de transportes, el artículo 220 expresa:

"El contrato de transporte de pasajeros ó mercaderías se entiende ajustado bajo las condiciones que contengan los reglamentos y anuncios de la empresa, sin perjuicio del derecho de las partes para agregar otras, según las circunstancias."

Y el 229 agrega: "Los billetes impresos que entregan los empresarios con cláusulas limitativas de su responsabilidad á una determinada cantidad, no los eximen de indemnizar á los pasajeros y cargadores, con arreglo á los artículos precedentes, las pérdidas que hubieren sufrido."

4. Con relación al establecimiento de sociedades colectivas, la ley (arts. 350, 355 á 357) preceptúa:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

1.º Que el extracto de la escritura social, que los socios deben entregar al secretario del Juzgado de Comercio, además de inscrito en el registro respectivo, y fijado por carteles, será publicado por diez veces en un periódico del departamento, y en todos los de los parajes donde la sociedad estableciere casas ó sucursales.

2.º Que, para acreditar esa inserción, se deberá presentar al Juzgado un ejemplar de cada uno de los diez números en que se ha publicado el extracto.

3.º Que la omisión de cualquiera de estos requisitos, no obstante la ratificación, produce nulidad absoluta entre los socios.

Puede verse el art. 419, respecto de los efectos que estas disposiciones producen, tocante á la prescripción de las acciones procedentes de la sociedad colectiva.

5. Las mismas formalidades y publicaciones son ordenadas por el art. 425 para la organización de socieda des anónimas.

Respecto de éstas, la autorización que para su establecimiento otorgue el Presidente de la República, puede, como se sabe, ser revocada.

En este caso, el decreto revocatorio debe ser fijado y publicado en la forma establecida anteriormente, bajo una multa de mil pesos para los administradores que la omitieren.

El decreto de la autorización, la escritura y estatutos, sus modificaciones y todo cuanto con ellas se relacione, deberán publicarse por el mismo tiempo y en la misma forma, y no sólo en los diarios del departamento, sino también en el periódico oficial y en el Boletín de las Leyes (arts. 438 á 440).

Los balances é inventarios de dichas sociedades, deben ser remitidos en copia al Intendente y Juez de Comercio,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y publicados en las sociedades que emitan acciones al portador (art. 461).

6. La comandita simple, y la comandita por acciones, según los arts. 474 y 491, están sometidas en su formación á las mismas prescripciones para su organización y establecimiento.

7. Los seguros mutuos, en cuanto á su forma social, deben, según el art. 561, y 2064 del Código Civil, ahí citado, sujetarse en su organización á las mismas prescripciones.

8. El art. 835 establece que el privilegio de los proveedores, artesanos y obreros sobre la nave ó su precio, se extiende al caso en que la construcción ó reparación, el apresto ó aprovisionamiento se hayan verificado por un ajuste alzado, á no ser que el propietario acredite que dió conocimiento del contrato á los proveedores, artesanos y trabajadores por avisos en los periódicos, ó de otra manera legal.

9. Para la venta judicial de las mismas naves, el artículo 847 requiere que dicha venta haya sido anunciada por el término de dieziocho días por medio de carteles y avisos en los periódicos, si los hubiere en el lugar del juicio, debiéndose hacer constar esto en el expediente respectivo.

10. En caso de quiebra, según el número 9 del artículo 1350 y artículo 1357, el auto que la declare deberá ser publicado en uno de los periódicos del lugar en que se haga la declaración y en todos los demás donde el fallido tenga establecimientos de comercio. Determinándose la cesación de pagos por auto separado, será éste publicado en la forma expresada. Esta inserción será por el término de treinta días.

La ley de 11 de enero de 1879, reformando esta par-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

te del Código, determinó agregar al art. 1350, entre otros incisos, los siguientes:

"Si la quiebra fuere de bancos de depósito ó de emisión, la convocación y notificación de acreedores se harán por medio de los diarios del departamento en que la quiebra se declare, ó por un solo diario, si en él no se publicaren más."... "Esta forma de citación será observada en los demas trámites del juicio que la requieran."

"Podrá también el juzgado, fuera de los casos á que se refiere el inciso anterior, hacer extensiva esa misma forma de citación á los demás juicios de quiebra, siempre que la necesidad de evitar gastos considerables y notable pérdida de tiempo ó el crecido número de acreedores así lo exigiere." Por su parte, el art. 1424 del Código añade: "Los síndicos diligenciarán el mismo día en que acepten el cargo, las publicaciones de que trata el núm. 9 del art. 1350. La omisión de las publicaciones referidas, ó su retardo, podrá reputarse como causa legítima de destitución."

De la misma manera, la solicitud de la rehabilitación del quebrado, deberá, según el art. 1529, ser publicada en extracto por el término de dos meses, en dos periódicos designados por el Juzgado de Comercio.

11. Por su parte, la ley que reformó el art. 452 del Código de Comercio, de 6 de setiembre de 1878, preceptúa en su art. 3.º lo siguiente:

"Núm. 4. La sociedad deberá publicar, junto con el balance de las operaciones sociales y en las fechas que para la presentación de este balance estuvieren fijadas por los estatutos, la nómina de los accionistas que aún no hubieren pagado el valor íntegro de sus acciones, ó promesas de acción. Esta publicación se hará por ocho días dentro de un mes, á lo menos, en uno de los diarios

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

del lugar donde tenga su domicilio la sociedad, y, en su defecto, en el DIARIO OFICIAL.»

12. La ley de Bancos de Emisión, dictada en 23 de julio de 1860, dice en su art. 6.º que es prohibido á los directores hacer mención de los valores ó garantías, como constituyentes del capital del banco, en los avisos ó anuncios que publicaren en interés del banco, bajo la pena de cien pesos de multa por cada publicación.

«Incurrirá en la misma pena el editor responsable de un papel ó diario que hiciere estas publicaciones sin orden de los propietarios ó directores del banco.»

13. Y el Reglamento de Corredores, dictado en 1.º de setiembre de 1866, establece á su turno en el art. 19, lo siguiente: «Los corredores formarán por turno semanal una lista de precios corrientes que entregarán al secretario del respectivo Juzgado de Comercio á la una de la tarde de cada sábado, para que en el mismo día ó siguiente sea publicada en los diarios, á los que se permitirá sacar copia gratis.»

JOSÉ JOAQUÍN LARRAÍN Z.

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN HISTÓRICA

DON ANDRÉS BELLO Y EL CÓDIGO CIVIL

(Continuación)

Como se ve en el trozo anteriormente copiado, Pothier resolvía que en el caso propuesto no había adulterio, y fundado en esta circunstancia declaraba que los hijos podían ser legitimados.

Según la doctrina establecida en nuestro *Código Civil*, un hijo no deja de ser adulterino por el hecho solo de que sus padres hayan estado de buena fe á la época de la concepción; por consiguiente, el caso excepcional admitido por el jurisconsulto francés no habría podido ser consignado en nuestro *Código* sin alterar otros artículos del mismo.

Por lo tanto, la objeción del señor Ocampo fué rechazada y el artículo quedó más ó menos en los mismos términos en que estaba redactado.

"Artículo 205 (*Proyecto* inédito).

"El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido.

"El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que, durante todo el tiempo en que según el artículo 78 pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso á la mujer."

"Artículo 230 (*Proyecto* inédito).

"El matrimonio posterior legitima *ipso jure* á los hi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

jos concebidos antes y nacidos en él; menos en los casos de los artículos 227, 228 y 229.

»El marido, con todo, podrá reclamar contra la legitimidad del hijo que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, si prueba que estuvo en absoluta imposibilidad de tener acceso á la madre, durante todo el tiempo en que pudo presumirse la concepción según las reglas legales.

»Pero aún sin esta prueba podrá reclamar contra la legitimidad del hijo, si no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse, ó si por actos positivos ha manifestado reconocer al hijo después de nacido.

»Para que valga la reclamación por parte del marido, será necesario que se haga en el plazo y forma que se expresan en el título precedente.»

Observación del señor Ocampo: »El inciso segundo de este art. 230 es una repetición del inciso segundo del artículo 205.»

Contestación de don Andrés: »No hay repetición. El 205 habla de los hijos que nacen después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio. El 230, de los que nacen antes de expirar estos ciento ochenta días.»

La respuesta anterior del señor Bello manifiesta claramente que la repetición que creía encontrar el señor Ocampo, no existía.

El caso resuelto en el inciso segundo del art. 205, es completamente diverso del resuelto en el mismo inciso del 230.

»Artículo 234 (*Proyecto* inédito).

»La persona que no necesita de tutor ó curador para la administración de sus bienes, y que no vive bajo potestad marital, podrá aceptar ó repudiar la legitimación libremente.»

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Observación del señor Ocampo: «Este artículo podría omitirse sin inconveniente.»

Contestación del señor Bello: «No soy de la opinión del señor Ocampo.»

Como la respuesta de don Andrés no nos da en el presente caso ninguna luz sobre los motivos que éste tuvo para conservar el artículo precedente, vamos á dar á conocer en seguida un erudito trabajo inédito que el autor de nuestro *Código Civil* dejó inconcluso y que se relaciona con esta materia.

En él se verá que el artículo de que nos ocupamos, que desde luego parece completamente inútil, no lo es en realidad.

«La legitimación por subsiguiente matrimonio, dice el señor Bello, es un derecho excepcional y exhorbitante desconocido en los mejores tiempos de la jurisprudencia romana. Apareció por la primera vez bajo Constantino y no llegó á su forma final sino en el reinado de Justiniano. Según las constituciones de este príncipe, no se otorgaba sino á los hijos naturales, esto es, nacidos en concubinato, que, como todos saben, era una conexión reconocida por las leyes, entre personas que podían casarse. El que se casaba con la concubina, *dotalibus instrumentis compositis*, legitimaba á los hijos habidos anteriormente en ella; y se exigía el otorgamiento de escritura, no para el matrimonio, *quod solo consensu perficiebatur*, sino para que constase que la concubina pasaba á la categoría de mujer legítima, y si existían hijos, cuáles de ellos se legitimaban.—Por instrumentos dotales debemos entender aquí, dice Vinnio, ciertos instrumentos nupciales, aunque nada se haya dispuesto en ellos acerca de la dote... Lo que se dispone en todos los lugares en que se trata de esta legitimación acerca de estos instrumentos, es una prueba muy fuerte

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de que, sin su intervención, no se legitiman los hijos antes nacidos. Á la verdad, es cierto que el matrimonio se perfecciona por sólo el consentimiento; pero aquí no sólo se trata de la celebración de éste, y de la fuerza y efecto de este contrato, sino del efecto especial de la legitimación, que tiene el matrimonio, no por sí, sino por autoridad de la ley, la que con este objeto exige la solemnidad de los instrumentos; no por otra razón, sin duda, sino para que perpetua y claramente pueda constar, no sólo que la que antes fué concubina después por el amor conyugal se ha tomado por mujer, sino también si existían ó no hijos, y si han sido legitimados; todo lo que ha de ponerse en el instrumento.—Pero ni aún así estaban obligados los hijos á aceptar la legitimación.—Generalmente (dice Justiniano, *Novela* 89, capítulo 11), en todos los casos de legitimación sólo queremos que ésta tenga lugar si la consienten los hijos. Colocar al hijo bajo la patria potestad cuando éste lo rehusa, como temiendo asociarse á la condición paterna, no es justo. *Metuentem* (temiendo), añade la glosa, tal vez porque este padre es de un trato depravado y de perversas costumbres.

"En la *Novela* 74, capítulo 2, introdujo el mismo príncipe la legitimación por testamento, pero sujetándola á la misma regla: *supplicantibus tamen filiis ostendentibus patris testamentum, etc.*

"De este modo el beneficio de la legitimación se limitaba á los hijos naturales, á los hijos de soltero y soltera, que vivían bajo su mismo techo y no tenían impedimento para casarse. Con respecto á esos hijos, podía decirse *Pater est quem cohabitatio demonstrat;* y sin embargo, no los legitimaba *ipso jure* el matrimonio; sin la confección de instrumento y sin el consentimiento de los hijos, no había legitimación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

»El derecho canónico relajó estos saludables principios concediendo la legitimación *ipso jure* por el solo efecto del matrimonio. Después veremos los gravísimos inconvenientes que esto tiende á producir en el orden social. Pero observemos desde ahora que es á la potestad temporal á la que toca fijar las condiciones precisas para la adquisición de derechos civiles.

»La legislación de las *Partidas* parece haberse doblegado hasta cierto punto á las disposiciones canónicas, declarando legítimos á los *fijos que ome ha en la mujer que tiene por barragana si despues desso se casa con ella.* No pide declaración escrita; prescinde de la voluntad del padre y de los hijos; pero á lo menos exije una condición importante, que sean *fijos de barragana*, que sean hijos naturales. Á estos solos otorga *ipso jure* la legitimación por subsiguiente matrimonio; en lo que conviene con el artículo 231 del *Proyecto* (1853); con esta diferencia que, no siendo admitido ni pudiendo admitirse entre nosotros el concubinato autorizado por las leyes romanas y por las *Partidas*, se ha sustituido á este modo de constituir los hijos naturales el reconocimiento voluntario.

»Gregorio López, glosando esta ley, que es la 1.ª, título 13, *Partida* 4, vacila entre las constituciones de Justiniano y las disposiciones canónicas, y citando opiniones contrarias, parece inclinarse á transigir; pero, desde que callan los cánones, como en la legitimación por rescripto, mira como indispensable el consentimiento del hijo, *iste non debet esse invitus quia non teneret legitimatio:* glosa 2.ª á la ley 9, título 18, *Partida* 3. Y en la glosa 9 á la ley 1.ª, tít. 15, *Partida* 4: *Requiritum etiam ut valida sit legitimatio consensus filii.*

»La Inglaterra no se dejó arrastrar por la influencia del derecho canónico, aun cuando todavía era una de las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

naciones más obsecuentes y sumisas á la Iglesia. En un estatuto de Enrique III, se ve que, rogando los obispos á los magnates consintiesen en que los nacidos antes del matrimonio fuesen legitimados como los nacidos después, porque la Iglesia los miraba como legítimos, todos los condes y barones respondieron á una voz: *Nolumus leges angliæ mutari.* Según las leyes de ese país, que es uno de los más notables por la ternura de los afectos de familia y la disciplina doméstica, no hay legitimación posible para los hijos ilegítimos, sino la del art. 230 del *Proyecto* (1853): todos los que no se hallan en ese caso viven y mueren en la condición degradante de bastardos, si no los saca de ella un acto especial del Parlamento, expedido en rarísimos casos y por los más calificados motivos. Siendo el fin del matrimonio, dice Blackstone, determinar una persona cierta en que recaiga el cuidado, sustentación y educación de los hijos, es indudable que se consigue mejor este fin legitimando solamente á la prole que nace de él y no á los hijos de las mismas personas habidos antes.

MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI R.

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN EXTRANJERA

LOS ACTOS DE COMERCIO EN EL NUEVO CÓDIGO ITALIANO

(Conclusión)

Con escasas variantes, la letra de cambio revistió un doble aspecto en casi todas las legislaciones, á saber: de simple documento á la orden ó promesa unilateral de pagar en el lugar mismo en que se entrega el efecto, y de letra por medio de la cual quien la expide se obliga á hacer pagar en otra parte una cantidad por la persona á quien se dirige; porque anteriormente la mayoría de los Códigos, modelados sobre el de Napoleón, no sabían abandonar el primer concepto de la letra de cambio, y, esclavos de la antigua idea del cambio real de la moneda presente por la ausente, no concedían (en lo relativo á la segunda forma) validez ni protección oficial sino á los documentos que fuesen garantidos por una provisión de fondos, y pagaderos en distinto punto del en que habían sido emitidos. De aquí inmensas dificultades para juzgar en lo conçerniente á la distancia, á la manera de expresarse la provisión de fondos, según el pensamiento del Legislador, y de aparecer aquélla; á los cuales inconvenientes se agregó el de que, simbolizando el trasporte de dinero, base primera del cambio trayecticio y de una forma importante del movimiento comercial, la letra de cambio verdadera, es decir, la que se pagaba en lugar diverso del de la emisión, se consideró aquélla como acto mercantil con exclusión del documento *á la orden*, al que no se daba tal carácter si no dependía de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

causas relacionadas con el comercio: doctrina acogida en el Código citado de 1865.

El primer paso en la reforma de ésta se intentó con gran oportunidad en la *Ordenanza germánica general de cambio*, vigente en muchas naciones continentales de Europa, donde al documento de cambio se le reconoció carácter formal, independientemente de su contenido, sin necesidad de provisión de fondos ni de dirección ó lugar diferente del de emisión. Á este sistema ha recurrido con decisión el Legislador italiano en 1882, y no contento con seguir la disposición germánica en la radical innovación apuntada, dió un paso hacia adelante, y no reconoció ya tampoco la necesidad de distinguir entre documentos á la orden y letras de cambio; unos y otras constituyen por su forma y objeto actos mercantiles, sean ó no redactados por comerciantes. Esta modificación, en nuestro juicio, constituyó un grande y señalado progreso, no obstante las censuras de que fué objeto, porque siendo perfecta la identidad entre los dos documentos, cosa en nuestra opinión de toda evidencia, no había razón alguna para sancionar diferencias sustanciales, fundadas en ser uno de aquéllos obligación de pagar y el otro de mandar pagar. Por lo demás, en ambos el crédito recibe impulso y desarrollo igual, y no era para olvidado, ciertamente, tampoco, que en los tiempos modernos los títulos de cambio hacen las veces de papel moneda, y son verdaderos documentos fiduciarios ó de crédito en sus diversas formas.

La ley italiana ha equiparado á las letras de cambio las *órdenes por géneros*, que facilitan un medio de procurarse dinero en cambio de la promesa de consignar en época fija determinada cantidad de géneros; es un título usado en pocos países, adoptado en Italia casi exclusivamente en las provincias meridionales, en donde sirve

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

con especialidad á las necesidades de los labradores, merced á la facilidad que ofrece de convertir, hasta cierto punto, en dinero los géneros y cosechas futuras, auxiliando, en no escasa porción, al crédito agrícola.

Bajo el nombre genérico de documentos de cambio se comprenden también los *asignados de banca* ó *cheques*, sobre los cuales legisla el Código de Comercio en el capítulo II, tít. X (arts. 339—344), con la restricción impuesta á los mismos de no estimular los actos de comercio, respecto á las personas no comerciantes, si no tienen causa mercantil. El Legislador se preocupó del uso ordinario de los *cheques* por los particulares, creyendo inconveniente reputarlos siempre actos mercantiles cuando quien los emite no se propone otro objeto que el de retirar dinero depositado en los Bancos públicos ó privados. En derecho estricto, prevaleciendo, como prevalece, en asuntos de cambio, la forma sobre la esencia, no acertaríamos á elogiar el Código italiano en esta excepción, poco en armonía con los buenos principios y no justificada; pero cabe defenderlo, teniendo en cuenta el temor de que las personas no comerciantes se abstuviesen de aprovechar un medio tan cómodo de hacer sus pagos. De todos modos, nunca aconsejaríamos á otras legislaciones imitar el ejemplo, sobre todo decidiéndose á regular la institución de los *cheques* en un Código de Comercio, como ha sucedido en Italia.

X

En el núm. 13 del art. 3.º se comprenden entre los actos de comercio *las empresas de transporte de personas y cosas por tierra ó por agua.* La naturaleza comercial, inherente á semejantes actos, se evidencia por sí, teniendo en cuenta el aumento de valor que el hecho de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

conducirlos de un punto á otro imprime á los géneros trasladados cuando se los aproxima al lugar de la demanda, ayudando así las relaciones entre productores y consumidores. El que no por actos aislados, sino de una manera continua y sostenida, cumple esta misión, abraza una industria especial, fuente de seguras ganancias, se vale del trabajo y de los materiales ajenos, dando ocasión á una especie de reventa y de alquiler, verificados con intención de lucro. Bastaría referirnos, á este propósito, á la práctica de cualquier sistema de caminos de hierro, para hacer ver qué inmenso caudal de riqueza y de trabajo llevan consigo y ponen en actividad. El hecho aislado de un transporte cualquiera encargado á una persona, no reune los elementos precisos para el acto rigorosamente mercantil; pero la ley habla de *empresas* que suponen un conjunto de operaciones, sin las cuales dichos elementos no podrían dar razón de su existencia.

En el terreno científico no cabe distinguir entre transporte de personas y de cosas, toda vez que en ambos hay empleo de actividad dirigida á fines lucrativos, ni el que se lleva á efecto por *vía líquida* del verificado por *vía terrestre*; designándose bajo el nombre de la primera los ríos, canales y lagos, pues para la marítima tendremos luego lo referente al *comercio marítimo y á la navegación*, legislados en el libro II del Código actual, al paso que el correspondiente del de 1865, al titularse sencillamente *Del comercio marítimo*, daba pretexto á una interpretación exclusiva aplicable sólo á los transportes por mar.

XI

Los números 14 al 20 aluden *al mar y al comercio marítimo*. El carácter mercantil de los actos en ellos enumerados, adoptado en casi todas las naciones, es ma-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nifiesto, y va, por decirlo así, adherido á cuantas relaciones jurídicas se desenvuelven por el medio marítimo, ó en forma de viajes sobre el mismo. La construcción de una nave, su armamento, el transporte de las mercancías, los contratos sobre su seguro contra los riesgos propios de tal empresa, las personas á quienes se encarga el servicio que se presta, la conducción de los pasajeros; todo tiene un aspecto y una vida especialísimas, que se comunican á importantes intereses. Esta indicación general nos dispensa del trabajo de proceder á un detallado análisis de todos los actos de aquella especie; pero no del de examinar los que exijan una descripción especial.

1.º La *construcción, compra, venta y reventa* de naves constituyen otros tantos actos de comercio, ya se atienda á su notoria importancia, ya al propósito del que los ejecuta de procurarse eficaces medios de comunicación y recabar alguna utilidad, ya al empleo que requieren de trabajo ajeno y de sucesivos contratos de compraventa y arrendamiento, con objeto de lucro.

2.º Las *compra-ventas de utensilios, muebles, vituallas, combustibles y armamento* para la navegación, representan operaciones de índole mercantil, teniendo en cuenta el uso á que se destinan, y que siendo meros accesorios de la embarcación, medio económico de transporte eminentemente mercantil, participan de sus condiciones y constituyen con ella un solo todo.

3.º De igual modo se deben apreciar las *expediciones marítimas*, ó sea, los viajes ejecutados por cuenta del interesado, al propósito de llevar á efecto determinado número de operaciones de comercio. Aquí el fin propuesto y el conjunto de los medios aprovechados, bastan á justificar el carácter que se les atribuye.

4.º La nave, poderoso instrumento de comercio, no podría desempeñar su misión sin las personas competen-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tes para atender á su servicio, dar el impulso en los viajes y facilitar su útil aprovechamiento; de aquí la necesidad de dar aspecto mercantil, en vista del fin á que tienden, á la matrícula de la tripulación, á las convenciones para el salario y gastos de equipaje.

5.º Otro tanto cabe afirmar de los contratos que tienen por base *el comercio marítimo ó la navegación*, como expresa la ley citada en su núm. 18, entre los cuales los de *fletamento y préstamo á cambio marítimo*, son los más usados. El primero, expresa un convenio del propietario ó armador de la nave con el que adquiere temporalmente su uso ó disfrute, mediante la cantidad estipulada como *flete*; es un verdadero arriendo, inseparable de la idea del lucro, de parte del armador, porque no habría, sin la esperanza de dicho beneficio, construído ni armado la nave; de parte del que la recibe, porque el primer efecto del contrato para él, en orden de importancia, consiste en comerciar con la nave, transportando cosas y personas. El segundo, ó sea el *préstamo á cambio marítimo*, es un mutuo que el dueño del dinero contrae con la persona que se dedica al tráfico marítimo, con el objeto de que ésta lo emplee en sus negocios, sobre géneros determinados, á fin de que si estos últimos, para los que se entregó aquella suma, se perdieran en todo o en parte, á consecuencia de algún accidente de la navegación, la suma, ó no sería restituida, ó lo sería solamente hasta el importe de los efectos salvados; ó si, por el contrario, todos llegaren sanos y salvos, ó hubiesen perecido á causa de algún vicio intrínseco de los mismos ó por culpa del capitán ó de la gente de mar, la misma cantidad sería restituida con un exceso á diferencia, que represente el dinero dado en mutuo, y una magnífica ganancia para el mutuante. El elemento aleatorio que presuponen en el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

contrato y la ocasión en que cuentan con él, esclarecen bastante su aspecto mercantil.

6.º Á la idea de la navegación viene estrechamente unida la de los *seguros*, institución tan antigua como los riesgos marítimos que aquellos se proponen atenuar. En todas sus formas existe el aspecto comercial, no tanto por el principio aleatorio inherente al contrato, como por los objetos á que se refiere; lo mismo cuando un tercero interviene, mediante un premio, para echar sobre sí los riesgos de la navegación, en cuanto á la carga y á la nave, que cuando los propietarios asociados se comprometen á afrontarlos directamente, repartiéndose el daño á toda eventualidad, en proporción del interés que cada cual lleve á la sociedad.

XII

Según el núm. 20 del art. 3.º del Código de Comercio, se equiparan á los marítimos los *seguros terrestres contra los daños y sobre la vida*, no pudiéndose distinguir entre unos y otros, pues todos tienen carácter especulativo. No estará demás alguna observación sobre este punto.

Á diferencia del Código de 1865, que no hablaba de los seguros, el actual los regula definitivamente en los artículos 417 y siguientes, sirviéndose de la norma comunmente adoptada en la práctica y favorablemente acogida en la esfera teórica, y corrigiendo, además, un grave error de la antigua ley, pues, calcada sobre el Código francés, se había limitado á reconocer como acto de comercio los seguros terrestres *cuando no fuesen mutuos y solamente respecto al asegurador;* el nuevo Código de 1882 los ha comprendido á todos, incluyendo los mutuos, y con razón; porque, como oportunamente decía

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

un erudito y autorizado escritor italiano, no se puede afirmar que en los seguros mutuos falte el objeto mercantil, que, si no se estipula á cargo de un tercero, se pactará, sin duda alguna, recíprocamente entre los socios, que también deben entrar con frecuencia en relaciones de derecho con terceros, ya se trate de emplear las sumas depositadas por los asociados hasta el instante de satisfacer los daños asegurados, ya de adquirir los locales y objetos indispensables al mismo fin (1).

No siempre los seguros terrestres pueden considerarse actos mercantiles, pues en muchos casos el que se asegura no se propone un fin lucrativo; al lado de la regla la ley ha creado una excepción, disponiendo en el artículo 6.º que *los seguros de cosas, que no son objetos ó establecimientos mercantiles, y los seguros sobre la vida, constituyen actos de comercio solamente respecto al asegurador.* Este último bien puede decirse que especula siempre, y obra como comerciante en todas las hipótesis, porque calcula preventivamente sobre el tiempo y las ventajas de sucesos eventuales, sabiendo que de estas circunstancias dependerá la mayor pérdida ó ganancia. El asegurado, por el contrario, en la especie prevista por el mencionado artículo, cumple únicamente un acto de previsión, con el pensamiento de precaverse en cierto modo contra los tristes efectos de los riesgos eventuales á que está sujeta su propiedad; y si se trata de seguros sobre la vida, ni aun cruzará su mente la idea de negociar por este medio, que ni la moral ni el derecho consentirían tampoco.

XIII

Abraza el núm. 21 las empresas de *comisiones, agen-*

(1) Ercole Vidari, *El nuevo Código de Comercio*, compendiosamente ilustrado con los motivos del mismo, 2.ª edición, Milán.—*Hoepli*, editor.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cias y oficios de negocios. Expliquemos el género de negocios que abarcan los términos de la ley, y justificaremos la necesidad de clasificarlos entre los actos mercantiles.

1). La *comisión*, según la define el art. 380 del Código de Comercio, tiene por objeto los asuntos comerciales por cuenta del comitente á nombre del comisionista. Este último es, por consiguiente, un intermediario del comercio que facilita las relaciones entre personas ausentes, haciendo posible el trueque inmediato de los productos en el punto en que, sin su presencia, no llegaría á verificarse; y procurando así el aumento de valor que proviene naturalmente del cambio de lugar de las mercaderías desde aquel en que abundan hasta el en que escasean ó faltan del todo.

2). Las *agencias ú oficios de negocios* son establecimientos en los cuales uno ó más individuos, por cierta retribución, se encargan de practicar determinadas operaciones relativas á cosas ó personas, como, por ejemplo, la compra de una casa, la colocación de un capital ó personas para el servicio, arriendo de establecimiento, ó la de proporcionar empleos á los que los soliciten; y cualesquiera otras que tengan por objeto proveer á las demandas del mismo género, propias de las grandes ciudades. La variedad del trabajo, la cuantía de los asuntos, los medios utilizados, las personas encargadas de las informaciones necesarias, constituyen un conjunto de actividad, base de positiva ganancia, que la ley ha calificado de acto mercantil, bajo el nombre de *empresa.*

Á este respecto conviene advertir que, aunque la ley haya hablado de empresas en el capítulo de *la comisión*, sólo este contrato participa del carácter comercial, como declaró expresamente la Comisión preparatoria del Código, y se confirma en el mero hecho de que si el comi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sionista, tratando con un tercero, sustituye á otra persona, la del comitente, él es quien en realidad lleva á cabo un acto mercantil (1).

XIV

Si la intervención de los terceros intermediarios puede ser útil en los asuntos civiles, lo es infinitamente más en el comercio, porque sus contratos, en su inmensa mayoría, se pueden celebrar entre personas que no se conocen personalmente, merced á la intervención de los auxiliares, por cuyo concurso inteligente y activo se desarrollan relaciones que, de otro modo, quedarían entorpecidas con menoscabo de muchos importantísimos intereses. El Código italiano, en el núm. 22 del art. 3.º, se ha ocupado de aquéllos bajo el título de operaciones de *mediación* en los asuntos de comercio, y después en un título aparte que trata de los *medianeros* y de sus derechos y deberes (arts. 29 al 36). La misión principal de tales agentes consistente en acercar á las partes y terminar, por su cuenta y en nombre suyo, negocios mercantiles, nos dispensa de extendernos más en demostrar cómo y por qué sus actos deben reputarse esencialmente comerciales. Una advertencia haremos, sin embargo, respecto á la misma ley, con relación á la misión de dichos agentes, que nos parece oportuna.

El Código antiguo había querido regular sus funciones aun respecto á la cualidad de oficiales públicos que ellos pueden ostentar en ciertos asuntos, lo cual hubo de dar lugar á no escasos inconvenientes, y especialmente al que provenía de la distinción entre medianeros pri-

(1) V. Actas de la Comisión encargada del estudio de las modificaciones que han de introducirse en el Código de Comercio del Reino de Italia.— Verbales.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vados y públicos, poco consentida por la naturaleza de las cosas, teniendo en cuenta, sobre todo, la ley común, destinada á trazar la norma para el ejercicio regular de los derechos; aparte de que del propio modo que las funciones públicas de dichos intermediarios varían según las necesidades y contingencias de los tiempos, otras leyes y decretos, independientes del Código, con sus disposiciones venían á complicar la cuestión, dando lugar á frecuentes dudas y confusión espantosa. En vista de esta discordancia, el nuevo Código pensó legislar exclusivamente las relaciones de Derecho privado, derivadas de la mediación de los referidos agentes en los contratos mercantiles.—"Se dejó, pues, sin resolver la cuestión (dice la *Relación* del Ministro Mancini, pág. 92 y siguientes) de si la profesión del mediador público debía ser libre ó estar limitada, reservándose á una ley especial la plena libertad de introducir, entre las varias especies de dichos agentes, las oportunas distinciones, modificándose la rúbrica del título *de los medianeros* y de los *agentes de cambio*, y omitiéndose todas las disposiciones de índole disciplinaria que contenía en el Código vigente... Tales disposiciones son materia más propia de una ley especial, como más expuestas á los cambios que reclama el progreso en el desenvolvimiento de la práctica de los negocios y de las condiciones económicas sucesivas de éstos, y las leyes especiales pueden con mayor facilidad modificarse cuantas veces se quiera, sin alterar por eso, con revisiones frecuentes, la sistemática ordenación de los Códigos."

XV

Son también actos mercantiles *los depósitos por causa de comercio y los que se hagan en los almacenes genera-*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

les, además de las operaciones con fe de depósito y las que se verifiquen con garantía (núms. 23 y 24, art. 3.º del Código).

En realidad, el contrato de depósito es un contrato puramente civil y gratuito; pero como en el comercio este último elemento desaparece en la mayoría de los casos, y por otra parte, el *depósito* comercial reviste ciertos caracteres especiales, máxime cuando tiene lugar en los almacenes generales ó establecimientos consagrados á este fin, con intento de lucro, se hizo preciso sancionarlo, dándole carta de naturaleza en el Derecho mercantil.

Así, en los números 23 y 24 vemos una verdadera repetición del mismo concepto, innecesaria á nuestro juicio, habiendo bastado hablar del depósito en general, dentro de cuyos límites se encierra el que se verifica en los almacenes generales ya citados. Esto no obstante, la nueva disposición satisface una exigencia del comercio, evita embarazosas polémicas, antes inevitables ante el silencio de la ley y el hecho de hallarse únicamente regulada la institución de que se trata por el Derecho Civil, cuyas bases resultaban insuficientes.

En cuanto á la utilidad y alcance jurídico de tales disposiciones, nada debemos añadir en atención á que su importancia nos releva de todo comentario.

Los *almacenes generales*, tratados en la Ley orgánica de 3 de julio de 1871, reformada parcialmente por la ley de 2 de abril de 1882, son establecimientos públicos de depósito, instituidos, no sólo para atender á la custodia y conservación de los géneros y mercancías, cualesquiera que sean su procedencia y destino, sí que también para expedir títulos especiales conocidos en el comercio con el calificativo de *fees de depósito y notas de garantía* por representar las mercaderías y facilitar los contratos de diverso género acerca de éstas, y la transmisión de la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

propiedad ó constitución de prenda sobre los efectos depositados. Las ventajas que procuran al comercio estos establecimientos, señaladamente en las grandes ciudades, son relevantes y evidentísimas, y el nuevo Código, que debía acomodarse á las exigencias de los tiempos y de los progresos modernos, no podía prescindir de tenerlos en cuenta para los fines jurídicos que por su medio se consiguen, por lo que, dejando á las leyes especiales, antes mencionadas, lo relativo al *régimen administrativo* de los almacenes generales, no ha omitivo al tratar de ellos expresamente *bajo el punto de vista jurídico*, y ha desenvuelto la materia en el título XVI del libro primero (arts. 461-480).

XVI

Completa quedaría la larga enumeración de los actos mercantiles hecha por la ley con lo expuesto, si no se hubiera referido indirectamente á las *cuentas corrientes*, que nos obligan á añadir algunas palabras, con tanta más razón, cuanto que el Código de Comercio italiano se ha ocupado de esta institución de un modo especial en los arts. 345 á 349.

Como resulta de su nombre, dicho contrato se compone de un conjunto de operaciones correspondientes á las necesidades del tráfico entre dos personas residentes, por regla general, en plazas diversas, quienes se descuentan ó envían efectos recíprocamente, se adeudan ó acreditan los resultados de ventas ó adquisiciones verificadas por ellos, previo acuerdo mutuo, ahorrando tiempo y gastos y proporcionando siempre empleo productivo á sus capitales, y anotados los créditos en cuenta, transfieren su propiedad al que recibe el beneficio, que, si no da débito, pagará un interés por el saldo que en contra suya aparezca.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

De la naturaleza de estas múltiples relaciones jurídicas, se desprende la índole mercantil del contrato. Pero ante la probabilidad de que mediaran *cuentas corrientes* entre particulares no comerciantes, la ley italiana creyó que la utilidad de éstos, empleando dicha forma, nada tenía que ver de común con el comercio en este caso, y de igual manera que respecto á la asignación bancaria, declaró que la cuenta corriente, art. 6.º, *no es acto de comercio para las personas no comerciantes si no tiene origen mercantil.* No hemos encontrado, á pesar de buscarla detenidamente, una explicación satisfactoria de semejante excepción en los trabajos preparatorios del Código, y, por nuestra parte, no vacilamos en condenarla terminantemente, porque un contrato bilateral como el que nos ocupa, cuando responde verdaderamente al movimiento de los capitales y de los negocios que á él se refieren ó de él se deducen «á manera de consecuencia indeclinable, tiene y no puede menos de tener carácter mercantil *cualquiera que sea la persona que lo celebre.* No se justifica, pues, la distinción establecida por el Legislador italiano ni jurídica ni prácticamente, y será objeto de vivas polémicas que habrían podido evitarse fácilmente sólo con aplicar los principios fundamentales, desenvolviendo con precisión las máximas antes señaladas sin incurrir en peligrosas desviaciones.»

XVII

Á la enumeración hecha en los párrafos precedentes, la ley italiana ha añadido una presunción fundada en la cualidad de las personas, que da un criterio seguro para definir la naturaleza de los actos. Nada más lógico que atribuir un fin lucrativo á las operaciones todas del co-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

merciante, mientras ejercita actos mercantiles por habitual profesión y con deliberado intento.

Con arreglo á este principio, el art. 4.º ha establecido la doctrina de reputar, además, como *actos mercantiles á los restantes contratos y obligaciones de los comerciantes, si no son por sí de carácter esencialmente civil, ó si lo contrario no resultara del acto mismo;* términos, por cierto, bien claros y que no requieren explicación alguna de nuestra parte. Esto no obstante, diremos breves palabras sobre el pensamiento del Legislador apoyándonos en su texto que modificó la ley anterior, precisando mejor un concepto adoptado por otras legislaciones. La *Relación* del ministro Mancini, después de haber hablado genéricamente del fundamento de la mencionada presunción, traza de este modo su alcance: "La presunción... no puede recibir aplicación, salvo á los actos ó contratos que por su índole constituirían simples actos civiles, ó bien, según las circunstancias é intenciones de las partes perteneciesen á una ú otra especie. Tales actos, distintos de los enumerados en el art. 3.º, cuando sean ejecutados por comerciantes, hacen presumir su naturaleza mercantil derivada de la cualidad de las personas y del ejercicio habitual del comercio á que se dedican; pero semejante presunción debe cesar ante una declaración expresa, no incompatible con el carácter del acto verificado. Para sancionar este pensamiento, se ha introducido en el proyecto definitivo la presunción subjetiva solamente respecto á los otros contratos no incluidos en la enumeración del art. 3.º" Sobre la extensión de la presunción y caso en que habrá de destruirse, la citada *Relación* resuelve en la siguiente forma las dudas que se pudieran suscitar: "Se ha estimado que admitiendo libremente cualquier género de prueba contraria á la comer-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cialidad presumida, produciría el efecto de restringir á casos rarísimos la eficacia de la presunción, promoviendo, además, en los juicios excepciones é investigaciones preliminares sobre la naturaleza y el fin del acto para declarar la competencia y deducir los trámites consiguientes; á que se añade que, por la índole inevitablemente incierta y variablemente apreciable de las pruebas á que se diera lugar, se vería condenada sistemáticamente gran parte de los actos comerciales á la peligrosa incertidumbre de los litigios, razón por la cual se ha mantenido la prudente solución de hacer cesar la presunción solamente cuando la prueba contraria al carácter mercantil del acto resulte del acto mismo.

»Estas expresiones sustancialmente conformes con las del Código vigente tienen una significación más amplia que la de una declaración expresa del acto considerado como comercial. Sin una declaración de esta especie, es lícito al magistrado deducir del objeto y de las cláusulas del contrato la intención verdadera de las partes, y resolver si del acto mismo aparece cuanto basta á excluir la presunción de la comercialidad» (pág. 42).

XVIII

Para completar el examen que hemos hecho de la teoría que ha inspirado al Código italiano sobre la cuestión de los actos de comercio, debemos discurrir brevemente acerca de un problema íntimamente unido con aquélla y que fué resuelto á fin de desvanecer las dudas originadas por el silencio de la antigua ley, causa de reñidísimas controversias, tanto prácticas como doctrinales; y lo hacemos con gusto, porque creemos útil la indicación, sobre todo para los países en que se estudia actualmente la reforma del código mercantil.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El Estado, la provincia y el municipio ¿pueden verificar actos mercantiles? En caso afirmativo ¿quedarán sujetos á la jurisdicción comercial? Por una parte, cabía la duda, porque dichas entidades tienen un fin muy distinto que el de consagrarse al tráfico en ninguna de sus formas; su objetivo es el interés general y el bien común, que abarca esfera más amplia que la de la actividad particular; pero, por otro lado, mediaba la consideración de que las citadas personas jurídicas están en aptitud de practicar actos mercantiles, por razón de su esencia, que, como tales, no podrían sustraerse á la acción de la competencia comercial, declarada principalmente en atención á las circunstancias de los actos sin consideración á las personas que los ejecutan, sin incurrir en una censurable anomalía y en el inconveniente de privar á las mencionadas entidades jurídicas del uso de los medios rápidos y expeditos del procedimiento mercantil, que proporciona á los derechos garantía más segura, y á las obligaciones reconocimiento más terminante. El Código italiano ha preferido resolver en este último sentido la duda suscitada, declarando en el art. 7.º que el *Estado, las provincias y los municipios no pueden adquirir la cualidad de comerciantes; pero sí verificar actos mercantiles, quedando, en tal concepto, sujetos á las disposiciones y usos comerciales.*

La tantas veces citada *Relación Ministerial* al Senado, justifica el precepto transcrito en los siguientes términos: «Examinando la cuestión á la luz de los principios y de la experiencia, es forzoso reconocer que no deben confundirse la cualidad del comerciante y la capacidad de practicar actos aislados de comercio. Aún entre los particulares, el empleado, el abogado, el médico, pueden ejecutar y ejecutan dichos actos en ocasiones, y no por eso cesan de ser lo que son, ni cambian por la de comer-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ciantes su cualidad profesional, por lo cual no quedan tampoco expuestos á las varias responsabilidades que éstos tienen por ser tales, ni cabe que se les someta al procedimiento de la *quiebra*. Los actos mercantiles que verifican se sujetarán, sin embargo, á las leyes y usos propios del comercio. Y si esto acaece respecto á individuos no comerciantes ¿por qué aplicar diversos principios al Estado, aun cuando en realidad no puede nunca consagrarse á un fin comercial? La naturaleza intrínseca del acto es siempre la misma y reclama la protección y especiales garantías del derecho mercantil.

«Pretender que el Estado no verifique, por razón de su carácter, actos de comercio, ó que verificándolos, no deban éstos someterse á las leyes y usos mercantiles, equivaldría á introducir una doctrina altamente perjudicial á los intereses del Estado mismo, despojándolo, sin motivo ni fundamento, de protectoras garantías y de fáciles y favorables medios de derecho» (págs. 43 y siguientes).

Las razones de la nueva disposición, claras y convincentes, merecen sincero aplauso, y son dignas de obtener cartas de naturaleza en aquellas naciones que aspiren resueltamente á uniformar sus leyes, acomodándolas á las necesidades prácticas y al rigorismo de la ciencia.

MOISÉS VITALEVI
Abogado de Turín

(De la REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, dirigida por don Emilio Reus, Madrid, núms. IV, V y VI de 1885.)

Marzo, 1885

IMP. CERVANTES, Bandera, 73

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO II Santiago, 1.° de septiembre de 1886 NÚM. 4

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Don Bernardo Salinas Letelier, por E. C. L.—El Congreso Jurídico Español, por La Dirección. —Notas Editoriales: Legislación centro-americana: Los tinterillos en Méjico. — Comentario del Título preliminar y del Título I del Libro I del Código de Comercio, por don José Alfonso.— De la compensación, exposición del título XVII, libro IV del Código Civil (conclusión), por don Luis Antonio Vergara R.—¿Es deber de los procuradores del número asistir á las visitas semanales de cárcel? por La Redacción.—El abordaje según el Código de Comercio y las decisiones de nuestros Tribunales, por don Francisco Donoso Vergara.—Don Andrés Bello y el Código Civil (continuación), por don Miguel Luis Amunátegui Reyes.—Revista bibliográfica, por La Dirección.

DON BERNARDO SALINAS LETELIER

Víctima de cruel enfermedad contraída en la última campaña del Perú, ha fallecido el 9 del próximo pasado agosto el señor don Bernardo Salinas Letelier, juez de letras de Chillán, á los treinta años de edad.

Apenas recibido de abogado, y cuando ardía la guerra contra la alianza peruano-boliviana, el señor Salinas sentó plaza en las filas del Ejército de Chile, y entró victorioso en la ciudad de Lima.

Durante la administración del almirante Lynch en el Perú, fué nombrado juez letrado de Tacna, puesto que abandonó en la época de la expedición á Arequipa, en la cual fué secretario del coronel Velásquez y auditor de guerra. Concluída esta empresa, desempeñó nuevamente la magistratura en los territorios de Tacna y Arica.

Por causa del mal que le aquejaba, el Gobierno le trasladó hace poco tiempo al juzgado de letras de Chi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

llán, hasta que, postrado por la enfermedad, hubo de retirarse á la ciudad de Talca, de donde era natural.

Por su patriotismo, su ilustración y su carácter, el señor Salinas era un magistrado que honraba á la judicatura nacional y cuya noble vida no será estéril como ejemplo de virtudes cívicas y sociales.

E. C. L.

EL CONGRESO JURÍDICO ESPAÑOL

Obedeciendo á un noble impulso de patriotismo y á un sistema de progreso en el derecho de una fecundidad incontestable en los tiempos contemporáneos, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid ha convocado á los jurisconsultos, abogados, profesores, escritores de Derecho y magistrados de España determinados en un reglamento orgánico, á un Congreso Jurídico, cuyas sesiones se celebrarán desde el 24 de noviembre próximo venidero hasta el 7 de diciembre siguiente.

Su objeto es discutir los doce interesantísimos temas de Derecho Civil que á continuación se enumeran:

1.º Estructura más apropiada para un Código civil español.—Distinción formal entre leyes obligatorias y leyes supletorias.

2.º Caso de subsistir en España varias legislaciones civiles, cómo debe aplicarse á las relaciones de unas con otras la doctrina de los estatutos.

3.º Costumbre y jurisprudencia.—Valor de estas fuentes de derecho.—Si deben intervenir los poderes públicos en su manifestación; y caso afirmativo, en qué límites, á qué efectos y en qué forma.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

4.º Fijar concretamente los límites que deberían señalarse á la libertad individual en la contratación civil, en las capitulaciones matrimoniales, en la constitución de derechos reales, etc.

5.º El Consejo de familia, como forma de consagrar la independencia de la familia.—Actos á que debe extenderse su jurisdicción.—Su organización en cada caso.

6.º Lugar de la mujer en la familia.—Su intervención en la administración de los bienes: en el ejercicio de la patria potestad: en el gobierno de la familia.—Potestad marital.—Facultades y derechos de la viuda.

7.º Sucesión testamentaria é intestada.—Sistema de legítima: idem de libertad de testar: sistemas mixtos.—Cuál debe adoptarse en España.—Orden de suceder abintestato.

8.º Derechos y deberes que nacen de la filiación ilegítima.

9.º Personas sociales bajo el punto de vista del Derecho Civil.—Su nacimiento y registro.—Su capacidad jurídica.—Formas varias de propiedad social y modo de regularlas.

10. Modificaciones que reclaman en el Derecho Civil las nuevas condiciones de la vida económica.

11. Lo contencioso-administrativo.—Si responde este concepto á alguna categoría racional en el derecho.—Si deben encomendarse las materias de este orden á los Tribunales ordinarios ó requieren organismos especiales.—En la segunda hipótesis, cómo deben constituirse éstos, y qué género de jurisdicción ha de serles atribuida.

12. Tribunales especiales de Comercio.—Si conviene restablecerlos en España.—Caso afirmativo, cuál habría de ser su organización.

Se sabe que en la madre patria no existe todavía un

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Código Civil, y, sin duda, la elección de estos temas tiende al esclarecimiento de las cuestiones capitales que ofrecen dificultades para la codificación de tan importante rama del Derecho.

El día de la clausura del Congreso se votarán las conclusiones á que se arribe. Estas serán presentadas por la Mesa del Congreso al Gobierno de la Reina, y elevadas á las Cortes y á la Comisión de Códigos.

Se publicarán en concepto de «Actas del Congreso Jurídico-español», los dictámenes, enmiendas, discursos y todos los trabajos del Congreso; y esta obra será propiedad exclusiva de la Real Academia.

Los dictámenes que han de presentarse y servir de base para la discusión serán emitidos por distinguidos jurisconsultos, publicistas ó catedráticos, tales como los señores Romero Girón, Silvela (don Francisco y don Manuel), Azcárate, Pedregal, Giner de los Ríos, Gil, Planas, Pérez Pujol, Soler, Labra, Durán y Bas, Amorós, Repulles, Franco, Morales, Lago y otros de no menos valía.

La Revista Forense Chilena seguirá con interés este memorable acontecimiento jurídico, y manifestará á sus lectores las conclusiones y acuerdos del Congreso, que seguramente ofrecerán algunas novedades respecto de los sistemas é ideas del Código Civil de Chile, que tiene más de treinta años de existencia.

La Dirección.

NOTAS EDITORIALES

Legislación centro-americana.—De una extensa comunicación que nos ha dirigido nuestro estimable co-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

rresponsal y amigo don Tiburcio P. Bonilla, de San Salvador, y fechada en Ahuachapán en 6 de abril último, copiamos las siguientes noticias sobre la legislación de Centro América:

"En Costa-Rica rigen hasta hoy las leyes españolas, y de emisión reciente no había más que una ley hipotecaria redactada por el doctor nicaragüense Máximo Jerez; pero ya hoy se ocupa una Comisión de formular el Código Civil, cuyos trabajos se publican anticipadamente en una revista forense de aquel país, en los cuales toma parte el distinguido jurisconsulto y notable estadista Julián Volio. Se ha emitido también una ley sobre minería.

"En Nicaragua hay un Diccionario de Legislación, y las reglas del Derecho civil canónico, recopiladas por Benito Rosales; una compilación de leyes patrias por Jesús de la Rocha, y la Instituta de Ventura Selva; habiéndose adoptado el Código Civil chileno, con muy ligeras modificaciones, y el Código Penal español; teniendo, además, Códigos de Minería, Militares y de Comercio propios y el sistema de jurados inglés.

"En Honduras se ha adoptado la Legislación civil chilena, con ligeras modificaciones, y el Código Penal Español, y hay leyes propias de Comercio, de Minería y Militares.

"En este Estado, como Ud. tiene informes ya, existe la Legislación civil chilena, y la española en lo criminal, un sistema de jurados diferente del inglés, con la calificación del delito y circunstancias reservadas al jurado, teniendo por base la plena prueba del cuerpo del delito y la semi-plena de la delincuencia; con leyes Mercantiles, Militares y de Minería propias; sin ninguna obra expositiva del Derecho, sólo el primer tomo de los Comentarios que envié á Ud., y otros inconclusos que dejaron

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

los doctores Pablo Buitrago, Salvador Valenzuela y Daniel Miranda; el Prontuario del doctor Isidro Menéndez, una recopilación de leyes patrias, y, últimamente, la publicada por el doctor Cruz Ulloa. El 24 de octubre del año pasado se modificó la ley de matrimonio civil, facultando para celebrarlo también á los Alcaldes municipales, y á los Tribunales comunes para pronunciarse sobre nulidad del mismo; debiendo siempre preceder el civil al eclesiástico. También se decretó la libre testamentifacción en noviembre del mismo año, sólo entre herederos forzosos, sin respicencia á la legítima, y con facultad de señalar bienes, quedando salvos la porción conyugal, los alimentos forzosos y la parte de bienes de libre disposición.

«En Guatemala hay la Instituta del doctor Fernando Cruz y la de Álvarez, anotada por el doctor Doroteo José de Arriola; pero hoy existe el Código Civil muy análogo al francés, y las demás leyes son propias y modernas, existiendo el matrimonio civil, la libertad de cultos sin demostraciones externas ó públicas, la libre testamentifacción, extinción de congregaciones monásticas, como en todo Centro-América, y bienes de manos muertas.»

Hasta aquí la correspondencia del señor Bonilla. De Nicaragua conocemos, además (1), una ley agraria de 23 de marzo de 1877, referente á terrenos baldíos; la ordenanza general de correos, de 18 de diciembre de 1878, que en vez de dictarla el Congreso, como en Chile, la expidió el Poder Ejecutivo; el reglamento del Registro Conservatorio, que, al revés de la anterior ordenanza, fué dictado por el Congreso, y no por el Ejecutivo, como

(1) Merced á la benevolencia del señor don Manuel M. Magallanes, oficial archivero del Ministerio de Hacienda de Chile.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en Chile; un reglamento penal y de procedimientos respecto de los delitos de contrabando y defraudación, dictado por el Ejecutivo en uso de atribuciones legislativas; y el reglamento interior de la Cámara del Senado, de 4 de febrero de 1864, en que son dignas de notarse las disposiciones que crean una Comisión de corrección del estilo de los proyectos de ley, y las que establecen el traje de ceremonia de los senadores, que es pantalón, frac y corbata negros, chaleco blanco y sombrero bolero.

Adelantaremos algunas otras noticias sobre la legislación salvadoreña en nuestro próximo número.

Los TINTERILLOS EN MÉJICO.—Como dato útil para el estudio de los problemas que entraña la libertad de profesiones, transcribimos el siguiente suelto:

«*Guerra á los tinterillos.*—Ultimamente ha expedido la Legislatura de Puebla una ley para que las personas que sin título de abogado ó agente de negocios, se ocupen habitualmente en seguir pleitos en nombre ó representación ajena, paguen una contribución mensual de cuarenta pesos y una fianza por mil; comprendiendo en este caso á las personas que en un mes tengan en giro tres ó más negocios judiciales, imponiéndose una multa de cien pesos, ó tres meses de cárcel, al que sin título se presente á promover en un juzgado, sin haber dado la fianza de que habla el decreto y pagado la contribución correspondiente. Se suspenderá también al juez que admita jestiones de tinterillos, inhabilitándole por cinco años.» (GACETA DE MÉJICO, núm. 86.)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

COMENTARIO DEL TÍTULO PRELIMINAR Y DEL Título Primero del Libro Primero del Código de Comercio

ADVERTENCIA.—El señor don José Alfonso ha tenido á bien remitirnos para su publicación el comentario del título preliminar del Código de Comercio, que publicó en Valparaíso en 1877, el cual, aunque ha conservado las ideas capitales del texto impreso, ha recibido modificaciones de importancia que nuestros lectores apreciarán debidamente. Nos complacemos en anunciar que este trabajo será seguido del comentario inédito del título I del libro I del mismo Código, que el señor Alfonso ha preparado para esta REVISTA.—**El Director.**

TÍTULO PRELIMINAR

Disposiciones generales

ARTÍCULO 1.°

EL CÓDIGO DE COMERCIO RIGE LAS OBLIGACIONES DE LOS COMERCIANTES QUE SE REFIERAN Á OPERACIONES MERCANTILES, LAS QUE CONTRAIGAN PERSONAS NO COMERCIANTES PARA ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES COMERCIALES, Y LAS QUE RESULTEN DE CONTRATOS EXCLUSIVAMENTE MERCANTILES.

Al examinar en el precepto de este artículo las tres clases de obligaciones que son regidas por el Código de Comercio, ocúrrese naturalmente preguntar: ¿quiso el Legislador definir lo que es el Código? ¿ó se propuso

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

solamente dar una idea más ó menos completa, más ó menos comprensiva del alcance de sus disposiciones?

Para dar una solución satisfactoria á la duda que va envuelta en estas preguntas, conviene tomar en cuenta un antecedente que emana de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, y que puede dar alguna luz para inquirir con acierto cuál ha sido la intención ó espíritu del Legislador.

El artículo 1.º del Código corresponde al 8.º del Proyecto del Código, que estaba concebido en estos términos: "*son asimismo* actos de comercio todas las obligaciones de los comerciantes, *no comprendidas en el precedente artículo*, que se refieran á operaciones mercantiles, y las contraídas por personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales." Esta disposición, como se desprende claramente de su texto, venía después del artículo en que el Proyecto enumeraba todas las materias reputadas por él como actos de comercio. El Legislador le quitó la colocación que en el Proyecto se le había asignado, le hizo las supresiones que este cambio requería, y le agregó los contratos exclusivamente mercantiles, disponiendo que tanto éstos como las obligaciones de los comerciantes que se refieran á operaciones mercantiles, y las contraídas por personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales, deberían ser regidas por el Código.

Parece evidente que, al darse al artículo la latitud que ahora tiene, y al ser colocado en una situación que hace de él como el encabezamiento del Código, el Legislador se propuso redactar una definición que abrazara todas las materias de que en seguida iba á ocuparse.

Ya contenga una definición, ya se limite á dar una

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

idea más ó menos comprensiva de las disposiciones del Código, el artículo que nos ocupa, sugiere graves y diversas observaciones que conspiran todas á demostrar que su disposición, en uno ú otro aspecto, es poco sostenible.

Considerada como definición del Código, es incompleta y deficiente; no comprende, ni con mucho, todas las materias á que el Código hace referencia en sus preceptos. La clasificación de las quiebras y los procedimientos que en ellas deben observarse, establecidos extensamente en el Código (libro 4.º); los actos referentes al nombramiento de corredores y martilleros; las reglas á que estos oficiales públicos deben sugetarse en el desempeño de su cargo (arts. 48 á 95), no son "obligaciones de comerciantes que se refieran á operaciones mercantiles, ni contraídas por personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales, ni resultantes de contratos exclusivamente mercantiles"; lo que no obsta para que formen parte de los asuntos tratados después en el Código.

Que las obligaciones de los comerciantes que se refieran á operaciones mercantiles deben regirse por los preceptos del Código, parece de todo punto evidente. No se concibe la existencia de un cuerpo de leyes relativas al comercio, que deje de alcanzar á esas obligaciones. El artículo no requiere en esta parte explicación ni comentario; se explica suficientemente por medio de su texto. Pero si la regla contenida en su primera parte es verdadera, debe reconocerse que es al mismo tiempo deficiente, como nos será fácil demostrarlo.

La persona que no es comerciante puede estar sujeta á las prescripciones del Código de Comercio, sin necesidad de que trate de asegurar el cumplimiento de una obligación comercial, y sin que celebre tampoco un

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

contrato exclusivamente mercantil, en conformidad á la segunda y tercera regla del artículo. Como luego llegará la ocasión de manifestarlo, la persona que ejecuta un acto aislado de comercio no es comerciante; pero queda sujeta á la ley de comercio en cuanto á los efectos del acto (art. 8). Hay también contratos civiles que están, sin embargo, sometidos al imperio de la ley comercial, como sucede, por ejemplo, con las sociedades anónimas que no se proponen realizar una especulación mercantil, cuales son las de seguros mutuos, de explotación de una mina, de venta y arrendamiento de inmuebles,—contratos puramente civiles, circunstancia que no impide que sean sólo regidos por el Código de Comercio, que es la única ley que los reglamenta. Una sociedad de esta especie no podría existir sin la aprobación del Presidente de la República (art. 427), sin estar reducida á escritura pública, sin haber cumplido los requisitos de publicación é inscripción que la ley comercial exige (art. 425). El accionista de esta clase de sociedades, no comerciante, no podría valerse de otra ley sino de aquélla para hacer dirimir las controversias en que pudiera verse envuelto con motivo de la sociedad de que forma parte.

Hé aquí contratos celebrados por personas que no son comerciantes, que no se refieren á una especulación mercantil, y que no se proponen asegurar el cumplimiento de una obligación de esta naturaleza, regidos únicamente por el Código de Comercio, sin que tampoco constituyan un acto exclusivamente mercantil. Entretanto, el artículo 1.º establece que este Código rige las obligaciones de los comerciantes sobre los negocios de su profesión, las de los no comerciantes para asegurar el cumplimiento de las obligaciones comerciales, y las exclusivamente mercantiles, limitando de esta suerte, en contravención á preceptos ulteriores del mismo Código, el alcance del

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cuerpo de leyes que encabeza. Acabamos de ver que hay contratos puramente civiles, de que sólo emanan obligaciones civiles, regidos por el Código de Comercio, y obligaciones de personas que no son comerciantes, no contraídas para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales, igualmente sujetas á la legislación mercantil.

En cuanto á la segunda clase de obligaciones que menciona el artículo, es fácil colegir que, si el Código de Comercio rige las obligaciones contraídas por las personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, con mucha más razón caerán bajo su imperio las obligaciones de igual naturaleza contraídas por los comerciantes. Esta observación prueba que las obligaciones accesorias contraídas para asegurar el cumplimiento de obligaciones de comercio deben considerarse como esencial y exclusivamente mercantiles, cualquiera que sea la profesión de la persona de quien emanen. En todo caso son regidas por el Código. Se vé, por otra parte, que la especie de obligaciones que el artículo menciona en segundo lugar se encuentra necesariamente comprendida an la tercera clase, que es la de las obligaciones exclusinemente comerciales, resultando así de la redacción del texto, ó una redundancia, ó el peligro de caer en la errada interpretación de que no se rigen por el Código de Comercio los contratos de los comerciantes celebrados con el fin de asegurar el cumplimiento de obligaciones mercantiles, lo que es completamente inaceptable.

Que este Código rige algo más que los contratos y obligaciones exclusivamente mercantiles, que enumera en tercer lugar el artículo, no habría cómo ponerlo en duda un solo instante. Según un precepto que luego tendremos ocasión de examinar (art. 3.º), el acto de co-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mercio puede ser tal por parte de ambos contratantes, ó por parte de uno solo de ellos, y, participando de este doble carácter, queda sujeto á la ley comercial por lo que respecta al que lo ha ejecutado mercantilmente. En consecuencia, si un vecino de Valparaíso, no comerciante, compra á un hacendado el trigo de su cosecha con el propósito de especular revendiéndolo en la plaza, el vecino ejecuta un acto de comercio, aunque sólo sea accidentalmente, y el hacendado un acto civil. El primero quedará de este modo sometido á la ley especial, y el Código de Comercio servirá, en este punto de vista, para resolver las dificultades que acerca de dicha operación se susciten, sin que se trate de una compra exclusivamente mercantil, y sin que en ella haya intervenido comerciante alguno, ya que el hecho aislado de una sola especulación no constituye en comerciante al comprador.

Despréndense de las observaciones precedentes estas tres consecuencias: primera, que, además de las obligaciones de los comerciantes que se refieran á operaciones mercantiles, el Código rige tambien las obligaciones de las personas no comerciantes que ejecutan algún acto aislado de comercio y las obligaciones que se derivan de aquellos actos que sólo son reglamentados por la ley mercantil, aunque sean esencialmente civiles; segunda, que, cualquiera que sea la importancia práctica que se atribuya á la regla que somete á los preceptos del Código los actos de las personas no comerciantes dirigidos á asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales, esta regla no comprende en su texto la misma clase de actos ejecutados por los comerciantes; y tercera, que, junto con regir el Código los actos y contratos que son comerciales para las dos partes, rige también los actos que participan de doble carácter, comercial y civil, y en los cuales el carácter comercial puede ser

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

impreso por la intervención de una persona no comerciante, pero que ejecuta accidentalmente una operación mercantil.

Ponen asimismo en evidencia esas observaciones que, si, como todo induce á creerlo, se propuso el Legislador, por medio del art. 1.º, dar una definición del Código, no satisfizo sino muy imperfectamente su propósito. La definición es defectuosa, y no puede ser aceptada. No son pocas las materias que escapan á su tenor literal.

Si el artículo que nos ocupa ha sido sancionado por el Legislador para dar por medio de él una idea más ó menos aproximada de las disposiciones del Código, es aún menos aceptable que como definición. En la hipótesis de haber sido redactado con ese fin, no podría evidentemente objetarse en su contra que no determine el alcance verdadero de las disposiciones de la ley mercantil, porque en tal suposición, es claro que no se habría propuesto el Legislador determinarlo. Pero de esta misma circunstancia fluye el argumento decisivo que debe hacerse en su contra. En la redacción de la ley no es posible prescindir de la precisión más rigorosa, sin exponerse á ambigüedades y á interpretaciones diversas, que constituyen dificultades frecuentes en su aplicación. Todo lo vago é indefinido es, por punto general, inconciliable con el propósito y fin de los preceptos legales, que deben ser siempre netos, claros y precisos. De lo contrario, lejos de servir la ley para poner término á los litigios, no haría mas que fomentarlos. Forzoso es, por consiguiente, concluir que en este segundo aspecto el artículo es todavía menos aceptable que en el primero.

Concíbese más bien la existencia de una disposición análoga, como complemento de lo que la ley considera actos de comercio. Aun en este caso, que es el del Proyecto, y obedeciendo la colocación del precepto á un plan

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

metódico y lógico, no tendría el artículo necesaria razón de ser.

Como ya se ha expresado, después del art. 7.º, que enumeraba todas las materias reputadas actos de comercio, el Proyecto del Código disponía en su art. 8.º que eran *asimismo* actos de comercio las obligaciones de los comerciantes, *no comprendidas* en el art. 7.º, que se refieran á operaciones mercantiles, y las contraídas por personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales. El Proyecto perseguía evidentemente por este medio impedir que se sustragera del imperio de la ley mercantil ninguna materia comercial, aunque la nomenclatura de los actos de comercio no la comprendiese. De esta manera se procuraba salvar cualquiera deficiencia del art. 7.º del Proyecto, correspondiente al art. 3.º del Código.

Prácticamente la idea consultada en el Proyecto podía ser de alguna utilidad, puesto que la enumeración de los actos de comercio adolece de algunos vacíos, como más adelante se dirá; pero es preciso tener presente, que el Código de Comercio es una ley especial, una ley de excepción, y que, en consecuencia, no debe regir sino aquellos asuntos taxativamente señalados como mercantiles. Y como el Proyecto ya había hecho la especificación de esta clase de asuntos, no era conveniente hablar de un modo general de otras materias comerciales, sin exponerse, á originar ambigüedades perjudiciales, ó á que se diera á los preceptos de la ley especial una amplitud que por su naturaleza no les corresponde. Incumbía por esta misma causa al Legislador hacer guardar rigorosa conformidad á la nomenclatura de los actos de comercio con las materias tratadas en el Código, de modo que éstas estuvieran comprendidas en su totalidad en aquélla.

Esto por lo que respecta á las obligaciones de los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

comerciantes que se refieran á operaciones mercantiles; que en lo que toca á las obligaciones contraídas por personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales, á que también se refería el citado artículo 8.º del Proyecto, parece incuestionable que, en su calidad de pactos accesorios, tales obligaciones no pueden dejar de estar sometidas al fuero especial de la obligación que caucionan.

El Legislador quitó al recordado artículo 8.º la colocación que en el Proyecto se le había asignado, le hizo las variaciones á que antes nos hemos referido, y dándole el primer lugar en el Código, formó con él una especie de definición incompleta, que no mejoraba al Proyecto y desnaturalizaba su pensamiento.

Para apreciar con completo acierto la cuestión jurídica que debatimos, conviene no perder de vista que la jurisdicción mercantil es siempre determinada por el acto. Así, el verdadero comerciante, el que ha hecho del comercio su profesión habitual, no será regido por el Código de Comercio en los actos ó contratos civiles que ejecute ó celebre, por ejemplo, en la compra de mercaderías destinadas á su consumo, ó en el arrendamiento del almacén ó escritorio en que vaya á efectuar sus operaciones, porque el arrendamiento de un inmueble no es un contrato comercial. Por la inversa, el agricultor, el abogado, el minero, que lleven á cabo accidentalmente un acto de comercio, quedarán sometidos á la ley mercantil en cuanto á las resultas del acto.

Verdad es que sólo los comerciantes pueden ser declarados en quiebra; pero aún la declaración de esta última debe ser una consecuencia de las operaciones comerciales que hayan ejecutado, de tal modo que el acreedor, por obligaciones civiles, no puede demandar la declaración en quiebra de un comerciante, sino á con-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dición de justificar la cesación de pago de deudas comerciales (art. 1352); regla que confirma la teoría que venimos sosteniendo respecto de la índole especial atribuida por el Código á la jurisdicción de comercio.

Puede, en consecuencia, afirmarse con toda propiedad que el fuero mercantil es siempre real, y que la ley comercial es la que rige todas las operaciones y contratos que ella enumera y clasifica como actos de comercio. Y confirma lo que decimos la circunstancia de que no se contenga en el Código la disposición del Proyecto, según la cual debían presumirse actos de comercio todas las obligaciones de los comerciantes (art. 9.º). Sólo las libranzas y pagarées se reputan hoy actos de comercio cuando se producen entre comerciante y comerciante, aunque no contengan la cláusula *á la orden* (art. 767): bien entendido que, aún en este caso, justificado que sea que estos documentos, aunque referentes sólo á comerciantes, entrañan un contrato civil, ó el resultado de un contrato de esta especie, la presunción que le atribuye carácter mercantil se desvanece, y queda únicamente un acto regido por el derecho común, no obstante la profesión de comerciante de los que hayan dado origen á dichos documentos. Porque es regla contenida en el mismo artículo recién citado que «las libranzas ó pagarées, sean ó no á la orden, que no procedan de operaciones mercantiles, serán considerados respecto de toda clase de personas como documentos probatorios de obligaciones sujetas á las prescripciones del Código Civil».

Con todo, hay quien reconoce una verdadera ventaja al artículo 1.º, en la parte que somete al Código de Comercio las obligaciones contraídas por personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de contratos mercantiles, creyendo que este precepto evita las competencias de jurisdicción, y la aplicación simultánea de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la ley civil y comercial á un mismo contrato. En una interesante obra patria, escrita sobre el artículo 3.º del Código en sus relaciones con la competencia de jurisdicción, se leen estas palabras:

«Desde que el Código rige las obligaciones que contraigan personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones mercantiles, se evitan por medio de esta disposición, que se encuentra *muy cuerda y conveniente*, las complicaciones de competencia de jurisdicción en que es fecunda esta materia; al menos no se reprodúcirán entre nosotros las ocurribles por la aplicación de los Códigos Civil y de Comercio á un mismo contrato» (1).

De las breves reflexiones que acerca de esta materia ya hemos adelantado, puede deducirse que, á nuestro juicio, la ventaja que se cree encontrar en la regla segunda del artículo 1.º es más aparente que real. En efecto, puede sostenerse con fundamento que la persona no comerciante que se obliga garantizando una obligación mercantil, ejecuta un acto aislado de comercio, y queda, en cuanto á las resultas de este acto, sometida al imperio de la ley comercial. Por consecuencia, pensamos que en este caso no puede correrse el peligro de que se pretenda aplicar la ley civil y la comercial á un mismo tiempo, ó indistintamente, porque la naturaleza de la obligación principal tiene forzosamente que imprimir su propio carácter á la obligación accesoria, y designar el fuero que le corresponde. No habrá que averiguar si, al prestar la caución, la persona no comerciante ejecuta ó no un acto aislado de comercio. Ya sea que especule ó que haga un servicio, la situación jurídica en que se coloca es una

(1) Ugarte Zenteno, *De los actos de comercio en su relación con la competencia de jurisdicción*, página 183.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

misma: ha querido someterse á las consecuencias y responsabilidad que pueden emanar de una obligación mercantil, asegurando su cumplimiento.

Si se discurre sobre la base de que un comerciante se obligue asegurando el cumplimiento de un contrato civil, la consecuencia que se desprende, es en sentido opuesto, la misma. El comerciante habrá ejecutado un acto civil, regido exclusivamente por el derecho común. En el uno como en el otro caso no puede abrigarse duda alguna acerca de la jurisdicción correspondiente á cada clase de acto, y desaparece el temor de la competencia entre el fuero civil y el comercial, desvaneciéndose así la única ventaja que puede encontrarse en el artículo 1.º

El principio sancionado por el Código, en cuanto reconoce carácter mercantil en los actos aislados ejecutados por personas no comerciantes con el propósito de especular, debe contribuir asimismo á hacer apreciar esta cuestión con un criterio diverso del que ha servido para resolverla en otras legislaciones.

Por lo demás, y aun aceptando por un momento que la disposición que analizamos produzca la ventaja de evitar las competencias de jurisdicción ocasionadas por la aplicación de los Códigos Civil y de Comercio, un mismo contrato, es evidente que no producirá este resultado sino en el caso que señala el artículo 1.º, esto es, en el de obligaciones contraídas por personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones mercantiles; pero en manera alguna habrían desaparecido las competencias de jurisdicción que pueden ocurrir en el caso común y frecuente de los contratos en que la una de las partes realiza un acto civil, y la otra una operación comercial. Mientras la ley reconozca que hay actos y contratos de doble naturaleza, civiles y comerciales á un mismo tiempo (art. 3.º, inc. 1.º); y mientras cada una de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

las partes haga uso de su derecho reclamando ser regida por los preceptos correspondientes á cada carácter de la operación en que intervino, no se divisa de qué manera pueda evitarse en lo absoluto, por medio del art. 1.º, la posibilidad de la aplicación de dos leyes distintas á un mismo acto ó contrato. Para alcanzar tal resultado habría sido indispensable comenzar por suprimir el doble carácter que origina dicha posibilidad, ó por establecer que, á pesar de ese doble carácter, no existía más que una sola jurisdicción (1).

No parece probable que, por medio de la disposición del artículo 1.º, haya querido el Legislador proponer una especie de ejemplo de las materias tratadas por el Código de Comercio. No se divisa qué fin útil y práctico quisiese de esta suerte alcanzar. Hacer referencia á ciertos asuntos con exclusión de otros, no puede haber sido su propósito. No habría en qué fundar semejante distincion, que sería, por otra parte, ocasionada á dar á entender que no eran materias de comercio las que no se especificaban en este artículo, aun cuando se encontrasen tratadas y reglamentadas en el cuerpo del Código.

Seguramente se habría salvado el escollo de las definiciones, que suelen ser unas veces vagas, y otras no bastante comprensivas, siguiendo al sabio redactor del Código Civil, que omitió la definición general, que realmente á nada habría conducido, y que se limitó á varias definiciones parciales, éstas, sí, indispensables para la perfecta claridad é inteligencia de la ley. No otro criterio se ha seguido también en todas las legislaciones mer-

(1) Debemos reconocer, sin embargo, que en algunos casos prácticos, la segunda parte del artículo ha servido para disipar ciertas dudas concernientes á la jurisdicción á que deben corresponder obligaciones accesorias contraídas para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales; lo que no obsta á que mantengamos íntegra la doctrina del texto, doctrina que reputamos lógica y perfectamente jurídica.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cantiles que conocemos; y acerca de ello, se nos permitirá aducir un solo ejemplo, que tiene una importancia especial por ser de fresca data.

La Italia ha reformado en 1882 su legislación mercantil, introduciendo en el nuevo Código todas las innovaciones que reclaman el conocimiento de las necesidades crecientes del comercio, y la extensión consiguiente de sus operaciones. En esa reforma se ha cuidado de evitar la definición del Código, y se ha dado la razón de este procedimiento. En la *Relación ministerial al Senado*, que explica las reformas aceptadas, se decía textualmente: «El defecto de una teoría científica ha sugerido el pensamiento de enumerar en el Código los actos de comercio, renunciando á la tentativa de sintetizar en una definición abstracta su común esencia.» (1) El nuevo Código de Comercio italiano ha evitado el peligro en que cayó el nuestro. Creyó suficiente enumerar los actos mercantiles, y evitó la definición general que los comprendiese, definición que no era tampoco necesaria en el Código chileno, el cual en su artículo 3.º detalla todas las operaciones y contratos que deben reputarse actos de comercio.

En resúmen, la supresión del artículo 1.º no formaría un vacío en el Código, y podría ser considerada más bien como una ventaja. Si tal supresión tuviera alguna vez lugar, sería conveniente comenzar el Código por el actual artículo tercero, y hacer del segundo el penúltimo.

José Alfonso.

(Continuará.)

(1) Vitalevi, *Los actos de comercio en el nuevo Código italiano.* Véase página 47 del presente tomo de esta Revista.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

DE LA COMPENSACIÓN

EXPOSICIÓN DEL TÍT. XVII, LIB. IV DEL CÓDIGO CIVIL

(Conclusión)

III.—*Que ambas deudas sean actualmente exigibles.*

Deuda exigible es aquella en que el plazo de la obligación se ha vencido ó en que la condición suspensiva á que estaba sujeta se ha cumplido.

Es, pues, exigible una deuda siempre que el acreedor tiene actualmente el derecho de obligar á su deudor á que le pague, sin que á esto se oponga ningún obstáculo, sea temporal, sea perpetuo.

En consecuencia, no puede compensarse una deuda á plazo antes de que éste se cumpla.

En efecto, el plazo, aun cuando no suspende la obligación que debe dimanar del contrato, difiere sin embargo su cumplimiento; y como la compensación es una especie de pago, el deudor, que en virtud del plazo no puede ser compelido á pagar, no puede tampoco ser obligado á compensar.

De otro modo, la ley le arrebataría sin razón alguna un beneficio á que tiene derecho en razón del contrato.

Pero si el deudor renuncia voluntariamente al plazo que se le ha concedido, siempre que esta renuncia haya podido hacerla legalmente, en conformidad al art. 1497 del Código Civil, la obligación se hará actualmente exigible y, por tanto, compensable.

Sin embargo, no será ésta una compensación legal y, en consecuencia, no producirá sus efectos sino desde el momento en que se haga constar la renuncia.

Del mismo modo, el deudor, cuyas cauciones, por he-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cho ó culpa suya, se han extinguido ó han disminuido considerablemente de valor, puede ser compelido por su acreedor á que ejecute inmediatamente el pago de su obligación, sin que obste para ello el beneficio del plazo, á menos que ofrezca renovar ó mejorar dichas cauciones (art. 1496, 2.º).

Si en este caso puede exigirse el pago inmediato, podrá también oponerse esa deuda en compensación; pero, como en el caso precedente, no se verificará ésta de pleno derecho, sino desde el momento en que se constate judicialmente que las seguridades prometidas han disminuido.

Esto es con relación á los plazos llamados de justicia ó de derecho, que son aquellos que competen al deudor, en virtud de la misma obligación.

El plazo de gracia que un acreedor concede graciosamente á su deudor para que le satisfaga la deuda, no impide la compensación.

El objeto que un acreedor se propone al otorgar á su deudor dicho plazo, no es otro que el que se procure lo necesario para cumplir con su obligación. Ahora bien, poco importa que el pago se verifique efectivamente ó por medio de la compensación, puesto que de cualquiera de estos dos modos que se haga el acreedor obtendrá lo que se le debe.

A debe á B 1,000 pesos. Pero, en consideración á la actual insolvencia del deudor y suponiendo fundadamente que en el término de dos meses adquirirá lo necesario para pagar sus deudas, le concede B dicho plazo.

Transcurrido un mes, A adquiere en contra de B un crédito de 1,000 pesos, y reune, en consecuencia, los caracteres de deudor y acreedor de B.

¿Se verificará en este caso la compensación *ipso jure*? Evidentemente que sí, pues por medio de ella el acree-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dor obtendrá el pago de su crédito sin que el deudor reciba perjuicio alguno.

No sucede lo mismo con las *esperas* concedidas al deudor, no obstante la semejanza que tienen con el plazo de gracia; y la razón es obvia.

Las esperas se conceden en las proposiciones de convenio, tanto en beneficio del deudor como en el de los mismos acreedores; es, por lo tanto, justo que, si pendientes ellas, cualquiera de los acreedores contrae una deuda en favor del deudor, la pague y no la compense.

De otro modo no se conseguiría el objeto que se ha tenido en vista al otorgarlas, y se establecería una diferencia injusta entre los acreedores.

Tampoco se considera exigible la deuda que se halla sujeta á una condición suspensiva.

Esta especie de condición suspende, mientras no se verifica, el cumplimiento de la obligación; de modo que puede decirse que la deuda sujeta á ella no empieza á existir sino desde el momento en que la condición se cumple.

Pendiente la condición, el acreedor no puede, pues, exigir el pago de la deuda y si el deudor pagara podría, de consiguiente, repetir lo pagado (art. 1485).

Ahora bien, si, como hemos dicho, la compensación es una especie de pago, un pago ficticio y abreviado, es evidente que tampoco podrá oponerse cuando una de las deudas es condicional de condición suspensiva.

En cuanto á las obligaciones que dependen de una condición resolutoria, nada impide que puedan compensarse. Ellas existen desde el momento del contrato y su cumplimiento puede exigirse inmediatamente.

Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición (art. 1487); y, por lo tanto, la compensación de esta especie de obli-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

gaciones deberá considerarse en este caso como si no se hubiera verificado.

Finalmente, las obligaciones naturales no pueden compensarse, puesto que el acreedor no puede exigir su cumplimiento (art. 1470).

IV.—*Que las dos partes sean recíprocamente deudoras.*

En virtud de este cuarto requisito es necesario, pues, para que la compensación se verifique: 1.º Que la deuda sea contraída en favor de la misma persona que la opone en compensación, y 2.º Que la deuda que se opone en compensación sea de la misma persona á quien se opone.

1.º Se ha discutido si un deudor puede oponer en compensación á la demanda de su acreedor lo que éste debe á un tercero, cuando el tercero interviene en el negocio y ofrece compensar por el deudor lo que á él se le debe. Algunos, siguiendo con todo rigor el principio que analizamos, opinan por la negativa, otros por la afirmativa y no han faltado quienes establezcan un término medio (*Pothier*, Oblig. núm. 630).

Sin embargo, dentro del sistema de nuestro Código Civil, dicha cuestión no tiene la misma importancia, puesto que el mandatario puede oponer en compensación sus propios créditos contra el acreedor del mandante prestando caución de que éste dará por firme la compensación (art. 1658). En consecuencia, el deudor que, con el consentimiento del tercero, quisiera oponer en compensación el crédito de éste contra su acreedor, tiene el camino expedito para hacerlo, constituyendo á dicho tercero su mandatario.

El deudor principal ¿puede oponer á su acreedor por vía de compensación lo que el acreedor deba al fiador? Desde luego, la ley dispone que no (art. 1657).

La obligación del fiador, en su calidad de accesoria,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

es hasta cierto punto condicional, puesto que el acreedor no puede hacerla efectiva sino después que, requerido el deudor principal, no ha podido obtener de éste el pago. Ahora bien, si el deudor principal pudiera alegar en compensación la deuda de que se trata, se obligaría en realidad al fiador á pagar aún antes de que se verificara aquella circunstancia.

Nótese, sin embargo, que la deuda del acreedor hacia el fiador podría compensarse con la del deudor principal: 1.º Cuando requerido el deudor principal no paga y el acreedor se dirige contra el fiador, y 2.º cuando el acreedor sin requerir préviamente al principal obligado exige del fiador el pago.

En el primer caso, es evidente que la compensación puede oponerse, puesto que en virtud de la negativa del deudor principal, el fiador se convierte en deudor de la obligación de aquél. Y opuesta la compensación por el fiador, puede á su vez oponerla el principal obligado y rechazar la demanda del acreedor, en mérito de haberse ya extinguido la obligación.

En el segundo caso puede suceder, ó bien que el fiador haga uso del beneficio de excusión que le concede la ley, ó que, renunciando á este beneficio, alegue la compensación. Si compensa su crédito con el del acreedor que le reconviene, la situación es la misma que la del caso anterior, con la única diferencia que la compensación alegada sería facultativa por parte del fiador.

¿Y podría el fiador reconvenido oponer en compensación al acreedor lo que éste debe al deudor principal?

Como hemos dicho, la fianza es una obligación accesoria y, en consecuencia, sólo subsiste en tanto que la obligación está vigente. Es un principio de derecho que lo accesorio no puede existir sin lo principal. Ahora bien,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la obligación del deudor se extinguió *ipso jure* desde el momento en que su acreedor le adeudó, á su vez, la misma cantidad que aquélla tenía por objeto; por consiguiente, la demanda que el acreedor dirigiera contra el fiador en tales circunstancias no tendría fundamento alguno desde el momento en que la obligación afianzada no existía.

Por otra parte, la excepción de compensación se estima generalmente como real, esto es, como inherente á la obligación, lo que con relación á los fiadores es indudable si gozan del beneficio de excusión. En su calidad de excepción real podría, pues, oponerse al acreedor, en conformidad al art. 2354 del Código Civil.

Sin embargo de que, *prima facie*, parece que esta solución es contradictoria con el principio de que tratamos, según el cual, para que la compensación se verifique, es necesario que la deuda sea contraída en favor de la misma persona que la alega; en realidad esa contradicción no es más que aparente.

En efecto, supóngase por un momento que el deudor afianzado ha cumplido su obligación, y que, no obstante el pago de la deuda, el acreedor reconviene al fiador. La excepción de pago que el último opondría á esa injusta demanda ¿se referiría acaso á la solución personal de la deuda? Por cierto que no. Sólo tendría por fundamento el pago que, hecho por el deudor, le habría libertado de su obligación subsidiaria.

Pues bien, la compensación alegada por el fiador tendría el mismo fundamento; en realidad, no se habrá verificado entre el fiador y el acreedor sino entre ambos deudores principales.

Por último, investigaremos hasta qué punto puede oponerse la compensación, con arreglo á este cuarto requisito, en las obligaciones solidarias; y para proceder

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

con orden trataremos primero del caso en que la solidariedad tiene lugar entre los acreedores, y en seguida de aquel en que se verifica entre los deudores.

¿Puede el deudor oponer á la demanda de uno de los acreedores solidarios lo que su acreedor le adeuda? ó en otros términos ¿la obligación solidaria se extingue por la compensación de lo que uno de los acreedores debe al deudor?

Para resolver acertadamente esta cuestión es necesario distinguir dos situaciones diversas en que el deudor puede encontrarse con respecto al acreedor solidario, tales son: 1.º que la demanda del acreedor se dirija en circunstancias que su acreedor no adeuda nada al deudor y 2.º que esa demanda se dirija cuando el deudor ha llegado á ser acreedor de uno de los acreedores.

Si el acreedor solidario exige del deudor el cumplimiento de su obligación en la primera de las situaciones mencionadas y pendiente la demanda el deudor adquiere un crédito en contra de un acreedor distinto del que le demanda, es evidente que la compensación no podría legítimamente alegarse. El acreedor, desde el momento en que se reconvino al deudor, adquirió el derecho de que se le pagara á él y no á sus co-acreedores (art. 1513) y la compensación del mismo modo que el pago no puede tener lugar en perjuicio de los derechos adquiridos por un tercero.

Veamos ahora si debe resolverse lo mismo en la segunda de las situaciones arriba expresadas.

La compensación, lo hemos dicho, es un pago que, aunque ficticio, reune, sin embargo, todos los caracteres de un pago real y efectivo. Ahora bien, es indudable que si el deudor paga á uno de los acreedores solidarios se liberta con respecto á los demás acreedores y, por lo tanto, es evidente también que la compensación que in-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tervenga entre el deudor y uno cualquiera de los acreedores solidarios extingue la deuda con respecto á los otros (art. 1513). Y esto es tan conforme á los principios generales de la legislación en esta parte, que nadie pondría en duda que el deudor se libertaría con relación á todos, si requerido por el acreedor de quien él á su vez lo es, le opone la compensación. ¿Pero es necesario conforme á aquellos principios que la compensación se alegue? Por cierto que no; ella se verifica por el sólo ministerio de la ley, y extingue las obligaciones aun sin conocimiento de las partes.

Réstanos tratar del segundo de los casos expresados más arriba, esto es, cuándo la solidariedad tiene lugar por parte de los deudores, caso á que se refiere el inc. 4.º del art. 1657, que dice como sigue: «Ni requerido uno de varios deudores solidarios, pueden compensar su deuda con los créditos de sus co-deudores contra el mismo acreedor, salvo que éstos se los hayan cedido.»

Para mayor claridad pondremos el ejemplo siguiente: A y B son codeudores solidarios con respecto al acreedor C, y á la vez C es deudor de A por la misma cantidad á que asciende la obligación solidaria.

En conformidad á la disposición del Código Civil, que acabamos de transcribir, B no podría oponer en compensación á la demanda de C lo que éste adeuda á A; pero si en lugar de demandar el acreedor á B dirige su acción en contra de A, éste podría oponerle perfectamente en compensación lo que C le adeuda: de donde resulta que, en realidad, la compensación no tiene por origen en este caso la circunstancia de ser uno de los deudores solidarios acreedor del acreedor, sino sólo la de que éste se ha dirigido precisamente contra el codeudor que es á la vez acreedor (*Marcadé*, t. IV, núm. 837). Y en este segundo caso, si C demanda á B el pago de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la deuda solidaria, B podría alegar que la obligación se ha extinguido con respecto á él desde el momento en que A opuso la compensación á su demanda: la compensación alegada por A, que podría legítimamente alegarla, ha extinguido la obligación en su totalidad.

Esta regla, sin embargo, parece poco conforme con los principios generales que dominan en esta materia, razón por la cual muchos la impugnan.

En efecto, con arreglo á esos principios, la compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aun sin conocimiento de los deudores (art. 1656). Es evidente, por lo tanto, que, en el caso propuesto, la obligación de A para con C se extinguió desde el instante mismo en que el último llegó á su turno á ser deudor de A, y no obstante, en conformidad á la ley, la obligación de B no se ha extinguido; para ello es necesario que A *oponga* préviamente la compensación á la demanda de C.

Esta objeción, que en realidad es grave, no alcanza, sin embargo, á desvirtuar las razones que, relativas, ya á las relaciones mutuas de los deudores solidarios, ya á la naturaleza misma de la solidariedad, existen para establecer la regla que en este punto consagra nuestro Código.

Estas razones pueden reducirse en pocas palabras á las siguientes:

"Si pudiera oponerse la compensación de lo que se debe á otro que á uno mismo, aunque el otro fuera un codeudor solidario, sería dar lugar á dificultades innumerables; este tercero se encontraría mezclado, á su pesar, en procedimientos desagradables: sería necesario examinar, contradictoriamente con él, si la deuda existe, hasta qué punto existe, si es susceptible de compensación, etc." (Discusión del Código Civil Francés en el Consejo de Estado, pág. 485.)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Por otra parte, en virtud de la naturaleza de la obligación solidaria, cuando uno de los deudores paga el total de la deuda, no se estima con respecto al acreedor que paga las cuotas á que respectivamente pueden estar obligados sus codeudores, sino una deuda que le afecta exclusivamente. Es, por lo tanto, evidente que requerido un deudor solidario, sólo debe atender á las relaciones que lo ligan con su acreedor, como si fuera el único obligado, sin tomar para nada en cuenta la situación en que cualquiera de sus codeudores pueden encontrarse con relación al mismo acreedor.

2.º Hemos dicho en segundo lugar, que conforme á este cuarto requisito que estudiamos, es necesario que la deuda que se opone en compensación, sea de la misma persona á quien se opone.

En consecuencia, si un tutor exige de un deudor personal suyo el pago de lo que le debe, no podrá éste oponerle en compensación las deudas que á su favor ha contraído el pupilo; y á la inversa, si un guardador exige lo que se debe á los menores, no podrá el acreedor oponer por vía de compensación lo que á él mismo le debe (art. 1667, inc. 3.º).

Por la misma razón, el acreedor de una sucesión que se ha aceptado con beneficio de inventario no puede oponer en compensación á la demanda del heredero lo que éste personalmente le debe, puesto que en este caso los créditos y deudas del heredero beneficiario no se confunden con las deudas y créditos de la sucesión (artículo 1259), y si es el heredero el deudor, no es él, sino el patrimonio del difunto el acreedor *(Marcadé*, artículo 1290).

Otra aplicación de este principio se encuentra en el artículo 1659, que está concebido en los términos siguientes:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

«El deudor que acepta sin reserva alguna la cesión que el acreedor haya hecho de sus derechos á un tercero, no podrá oponer en compensación al cesionario los créditos que antes de la aceptación hubiera podido oponer al cedente.

«Si la cesión no ha sido aceptada, podrá el deudor oponer al cesionario todos los créditos que antes de notificársele la cesión haya adquirido contra el cedente, aun cuando no hubieren llegado á ser exigibles sino después de la notificación.»

La cesión de un crédito puede hacerse, en conformidad á la ley, de dos diversos modos: por la notificación hecha por el cesionario al deudor, ó bien por la aceptación de éste (art. 1902). Sin embargo, de cualquiera de estos dos modos que se verifique, es evidente que impide la compensación de los créditos adquiridos con posterioridad, sea á la notificación, sea á la aceptación, puesto que en este caso el deudor ha perdido ya, en virtud de la cesión, el carácter de acreedor y vice versa.

De modo, pues, que la dificultad sólo existe con respecto á los créditos adquiridos antes de verificarse la cesión, y precisamente ésta es la cuestión que resuelve el Código Civil en el artículo que acabamos de transcribir.

En el primer caso, esto es, cuando el deudor ha aceptado la cesión pura y simplemente, sin reserva alguna, no podrá oponer en compensación al cesionario los créditos que hubiera podido oponer al cedente antes de aceptar la cesión. En realidad, éste es un principio excepcional: el crédito estaba ya extinguido en el momento del traspaso, por la circunstancia de haberse reunido en dos personas las calidades de deudores y acreedores recíprocos, y esta extinción no ha sido necesario alegarla, pues se ha verificado *ipso jure*, por el solo ministerio de la ley.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Sin embargo, si el deudor ha aceptado la cesión sin ninguna reserva ni protesta, se supone fundadamente que ha querido renunciar á la compensación que legítimamente podía oponer, y hasta cierto punto que ha querido obligarse nuevamente, y de un modo directo y personal, con respecto al cesionario.

Y lo mismo debe resolverse aún en el caso en que el deudor ignorase, en el momento de aceptar, el crédito que podía oponer en compensación. Es verdad que entonces no puede suponerse que aquél haya renunciado á un derecho que aún no conocía. Pero esta objeción que no carece de gravedad en el terreno de los principios, es inaceptable ante la clara y precisa disposición del Código, que no distingue si el crédito que el deudor podía oponer en compensación le era ó no conocido. Por otra parte, si alguna duda puede asistir al deudor en cuanto á la existencia del crédito cedido, nada más fácil que haga á este respecto las reservas consiguientes (*Zachariae*, t. II, pág. 419.—*Marcadé*, art. 1295.—*Demolombe*, Oblig., núm. 577).

Pero como en este caso, si el deudor no ha alegado la compensación, ha sido por ignorar la existencia del crédito que pudo oponer á la deuda, es justo que conserve junto con el crédito mismo las fianzas, privilegios, prendas é hipotecas constituidas para su seguridad (artículo 1660).

Si la cesión se ha verificado por medio de la notificación hecha por el cesionario al deudor, la solución es diferente.

La notificación por sí misma es un acto en que el deudor desempeña sólo un rol pasivo, y, en consecuencia, no modifica en lo más mínimo los derechos que legítimamente ha podido ejercitar y que esa notificación en nada altera. Es lógico, pues, que en este caso pueda

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

oponer en compensación al cesionario todos los créditos que antes de notificársele la cesión haya podido oponer al cedente.

Nuestro Código va todavía más allá y autoriza al deudor para oponer la compensación no sólo de los créditos que hubiera podido oponer al cedente, sino de todos los que contra éste haya adquirido antes de la notificación, aun cuando no hubieren llegado á ser exigibles sino después de aquélla. Esta disposición, á más de ser contraria á los principios generales que rigen en materia de compensación, establece una diferencia que creemos injustificable, entre las deudas no exigibles y las ilíquidas: ya que se estableció con relación á las primeras, no sabemos por qué no se la hizo extensiva á las segundas.

V.—*Que ninguna de las deudas sea de aquellas que la ley declara ineficaces para operar la compensación.*

Por regla general, siempre que las deudas de que se trate reunan los cuatro requisitos que hasta aquí hemos estudiado, podrán oponerse en compensación, sin que á ello obste ni la circunstancia de no ser conocidas de los deudores, ni el hecho de que una de ellas tenga una causa diferente de la otra, ni la calidad de las personas que reunen en sí los caracteres de deudor y acreedor,—pues no se trata de un pago hecho directamente por la parte misma, sino de un pago ficticio que se verifica sólo en fuerza de la ley,—ni la calidad de las mismas deudas, como si una es hipotecaria y la otra no. Tampoco será un obstáculo para que la compensación se opere, la circunstancia de ser una de las deudas más cuantiosa que la otra, pues, en conformidad á la ley, se extinguen hasta concurrencia de sus respectivos valores (art. 1656, inciso 1.º)

Sin embargo, por circunstancias especiales que en su

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

lugar expondremos, la ley prohibe excepcionalmente que pueda oponerse la compensación: 1.º á la demanda de restitución de una cosa de que su dueño ha sido injustamente despojado; 2.º á la demanda de restitución de un depósito ó de un comodato, aun cuando, perdida la cosa, sólo subsista la obligación de pagarla en dinero; 3.º á la demanda de indemnización por un acto de violencia ó fraude, y 4.º á la demanda de alimentos no embargables.

1.º En este caso debe ponerse préviamente al que ha sufrido el despojo en posesión de la cosa que injustamente le ha sido arrebatada; pues, por el mismo hecho de haberla tomado el despojante de su propia autoridad, sin haber recurrido para ello á la justicia, como era su deber, no puede pretender que se le oiga mientras no restituya la cosa á su dueño.

2.º Cuando se trata de la restitución de una cosa dada en depósito, no podría el depositario oponer en compensación al depositante las deudas que éste hubiera contraído á su favor. En efecto, el depósito es un contrato esencialmente de confianza: por lo tanto, es equitativo y justo que se cumpla ante todo con una deuda que hasta cierto punto es de honor, y se rechace toda pretensión que tienda á desconocer su pago.

La misma razón existe para hacer extensiva esta disposición al caso en que se trata de la restitución de una cosa dada en comodato, y más, la de que en esta especie de contratos recibe el deudor, por regla general, un beneficio.

Pero si es indudable que en los dos casos de que tratamos las prescripciones de la ley están en perfecta conformidad con los principios de justicia á que siempre deben sujetarse, considerándolos detenidamente, no se comprende el carácter que la ley les atribuye, de ex-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cepciones á las reglas generales de la compensación.

Efectivamente, el depósito es un contrato en que se confía una cosa corporal á una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie (art. 2211). Es, pues, un requisito esencial de este contrato el que la cosa depositada sea restituida en especie; de otro modo degeneraría en un contrato diferente. El depositario es, por lo tanto, un deudor de especie, un deudor de cuerpo cierto. Ahora bien, hemos visto ya que deudas de esta naturaleza no son en manera alguna compensables, puesto que con relación á cualquiera otra, no tienen el carácter de fungibles. No se ve, entonces, la razón que haya guiado al Legislador para exceptuar un caso que de ningún modo podía considerarse comprendido en la regla general.

Es verdad que, autorizado el depositario para usar de la cosa, depósito que los romanos llamaban irregular, no está obligado á restituir la misma cosa depositada, y de deudor de especie se constituirá en deudor de género. En realidad, éste sería el único caso exceptuado por la disposición que estudiamos.

Por lo que respecta al comodato ó préstamo de uso que, como se sabe, consiste en que una de las partes entrega á la otra, gratuitamente, una especie, mueble ó raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso, se presta, y más fundadamente si es posible, á la misma observación que acabamos de hacer: el comodatario, en efecto, no puede encontrarse nunca, dentro de los términos del contrato, en la situación de tener que restituir otra cosa que la que se le ha prestado.

Pero el Código agrega, además, que, en el caso de que tratamos, no podrá oponerse la compensación aun cuando, perdida la cosa, sólo subsista la obligación de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pagarla en dinero, es decir, en el caso en que el depositario ó comodatario no es ya deudor de la cosa misma depositada ó prestada, sino sólo de una suma de dinero. Es evidente que en esta parte la excepción establecida por la ley es efectiva: convertidas las deudas de especie en deudas de dinero, se han hecho perfectamente compensables. Y no necesitamos decir que las razones apuntadas más arriba son en un todo aplicables á este caso.

Por último, debemos hacer notar una contra-excepción que el Legislador ha creído conveniente establecer por lo que respecta al depósito. Según el art. 2234, el depositario puede retener la cosa depositada á título de compensación, en razón de las expensas que haya hecho para la conservación de dicha cosa, y que probablemente hubiera hecho él mismo, teniéndola en su poder; y en razón de los perjuicios que sin culpa suya le haya ocasionado el depósito. Este artículo autoriza, pues, al depositario para oponer en compensación á la demanda del depositante las cantidades á que asciendan dichas expensas y perjuicios.

No sabemos hasta qué punto pueda considerarse legal la disposición del artículo citado. Desde luego, se nota que las deudas que permite alegar al depositario en compensación, no cumplen con todos los requisitos que hasta aquí hemos estudiado. En efecto, las expensas que el depositario ha tenido que hacer en la conservación de la cosa y los perjuicios que ha sufrido, no son, en manera alguna, sumas líquidas. Para que tengan este carácter será necesario, ó bien que el depositante se conforme con la cantidad que en razón de ellas le cobre el depositario, lo que nos parece muy difícil, ó bien que después de un juicio contradictorio, sea fijada aquella cantidad por el juez. En realidad, esta contra-excepción es una excepción del principio general, según el cual

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sólo pueden oponerse en compensación las deudas líquidas.

Por otra parte, ya que por cualquiera razón se creyó justo establecer esta excepción con respecto al depositario, no vemos por qué no se hizo extensiva también al comodatario.

3.° Por consiguiente, cuando se trata de la demanda de indemnización por un acto de violencia ó fraude, el condenado á pagar los daños y perjuicios, sólo podrá, después de satisfacerlos, repetir el pago de lo que se le deba.

4.° La cuarta y última excepción establecida por la ley, se refiere á la demanda de alimentos no embargables. Sebastián de Médicis da para ello la razón siguiente: que "siendo los alimentos una cosa necesaria para la vida, el que quisiera quitarnos por medio de la compensación, el recurso de donde los sacamos, cometerá una especie de homicidio".

Reducida esta excepción á los alimentos no embargables, es por demás justa y legal, pues, así como se impide que un tercero pueda pretender sobre ellos derecho para pagarse de sus créditos, así también el acreedor alimentante no puede oponer la compensación á la demanda del alimentario. La compensación, como lo hemos repetido varias veces, es propiamente un pago ficticio, y es natural, por consiguiente, que no pueda verificarse en aquellos casos en que el deudor no podría ser obligado á un pago efectivo.

En consecuencia, la compensación podría oponerse á la demanda de alimentos en los casos siguientes:

1.° Cuando se trata de la parte de alimentos embargables. El art. 1618 del Código Civil determina esta parte al disponer en el núm. 1.° que no serán embarga-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

bles las dos terceras partes de las pensiones alimenticias forzosas, siempre que ellas no excedan de 900 pesos, y si exceden, no serán embargables los dos tercios de esta suma, ni la mitad del exceso; 2.º cuando las pensiones alimenticias son voluntarias, pues la excepción sólo se refiere á las forzosas y 3.º en cuanto á las pensiones alimenticias atrasadas, sean voluntarias ó forzosas, en cuyo caso puede el alimentante oponerlas en compensación á la demanda del alimentario (art. 336).

VI.—*Que la compensación no se verifique en perjuicio de los derechos de un tercero.*

Así, agrega el art. 1661 del Código Civil, embargado un crédito, no podrá el deudor compensarlo, en perjuicio del embargante, por ningún crédito suyo adquirido después del embargo.

En efecto, hemos dicho, que la compensación consiste en un doble pago ficticio y abreviado, y por consiguiente, no puede tener lugar cuando el pago efectivo no puede efectuarse. Ahora bien, hay casos en que el deudor no puede pagar á su acreedor, porque un tercero ha adquirido derechos sobre las cosas que son objeto de la deuda, y por consiguiente, en estos casos no podrá tampoco operarse la compensación. Esta regla puede considerarse hasta cierto punto como una aplicación de aquella según la cual la compensación no tiene lugar sino con respecto á deudas actualmente exigibles.

El embargo, de que especialmente habla el art. 1661, no es el único caso á que pueda aplicarse la regla establecida por dicho artículo: en la generalidad de sus términos pueden comprenderse muchos otros.

Así, cuando se trata de la adjudicación de un inmueble hipotecado, no podría el deudor oponer en compensación al adjudicatario el precio por que se le adjudicó

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dicho inmueble, puesto que el último no podría á su vez pagar al deudor dicho precio en perjuicio de los acreedores hipotecarios.

IV

DE QUÉ MANERA SE OPERA LA COMPENSACIÓN

La compensación se opera por el solo ministerio de la ley, *ipso jure;* no es necesario que el juez la declare ni que las partes la opongan.

Desde el instante en que el acreedor de una persona llega á ser deudor de la misma, ambas deudas, en las que suponemos las calidades que hemos enumerado, se extinguen recíprocamente hasta concurrencia de sus valores, aun sin conocimiento de las partes.

Es verdad que demandado un deudor que tiene el carácter de acreedor del demandante, necesitará oponer la compensación, y que el juez, pronunciándose acerca de ella en la sentencia, la aceptará ó rechazará, pudiendo, en consecuencia, decirse que la obligación se ha extinguido total ó parcialmente, no *ipso jure*, sino en fuerza de la declaración judicial. Sin embargo, esto no basta para rechazar como inexacto el principio sentado, pues en idéntica situación se encuentran el pago efectivo, la remisión y, en general, los diversos modos por que se extinguen las obligaciones, ya que el juez, no pudiendo adivinar esta extinción, podría muy bien condenar al demandado. Pero, en todos estos casos, no es la declaración judicial la que produce el efecto de extinguir la obligación sino la concurrencia de las circunstancias determinadas por la ley.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

V

EFECTOS DE LA COMPENSACIÓN

Finalmente, enumeraremos los principales efectos de la compensación; y, desde luego, puede establecerse á este respecto, como una regla general, que ellos no son otros que los del pago efectivo, puesto que la compensación no es más que una especie de pago.

En consecuencia, desde que ambas deudas reunen los requisitos exigidos por la ley, se extinguen hasta concurrencia de sus valores, del mismo modo que todo lo que se hubiere dado en seguridad de ellas, como las fianzas, prendas é hipotecas.

Los intereses y la prescripción cesan de correr.

Sin embargo, si una de las deudas se ha extinguido sólo parcialmente, las prendas é hipotecas, en su carácter de indivisibles, continuarán vigentes en su totalidad, sin perjuicio del derecho del deudor para que la hipoteca se reduzca, en conformidad al art. 2431 del Código Civil. Los intereses continuarán también corriendo en la parte del crédito que subsista.

Si son muchas las deudas compensables, deberán seguirse para la compensación las mismas reglas que para la imputación del pago (art. 1663). En consecuencia, si se deben capital é intereses, el pago efectuado por medio de la compensación se imputará primeramente á los intereses, y se preferirá en general, la deuda devengada á la que no lo estaba (arts. 1595 y 1597).

"Esta disposición, dice Pothier (la del art. 1663), no tiene lugar sino cuando las diversas deudas de que yo soy tu deudor, han precedido al crédito que después he adquirido en contra tuya. Pero si siendo tu deudor de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

una suma de 1000 libras, he llegado á ser tu acreedor de una suma igual, y he contraído después una nueva deuda á tu favor; aunque yo tuviese más interés en extinguir esta deuda que la primera, tú podrías demandarme su pago, sin que yo pudiera oponerte la compensación del crédito que he adquirido; pues este crédito se ha extinguido en el mismo momento en que lo he adquirido, por la compensación que se operó de pleno derecho entre este crédito y el primero que tú tenías contra mí.»

Por último, si uno de los deudores paga por error, sin embargo de encontrarse en condiciones de oponer á la demanda la compensación, podrá repetir lo pagado por medio de la acción que el art. 2295 confiere al que paga lo que no debe.

LUIS ANTONIO VERGARA R.

Santiago, abril de 1886.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

ADVERTENCIA

Habiéndonos ofrecido dos de nuestros estimables colegas una colaboración permanente en materia de jurisprudencia práctica, cumplimos con el deber de declarar que es obra de ellos todo artículo que con la firma La Redacción, aparezca en esta sección de la Revista.

El Director.

¿ES DEBER DE LOS PROCURADORES del número concurrir á las visitas semanales de cárcel?

El procurador del número de Iquique don Emilio León, solicitó de la Corte de Apelaciones de esa ciudad en julio último una declaración sobre si debían ó no concurrir los procuradores á las visitas de cárcel que practican semanalmente los jueces letrados en lo criminal. Adujo que tal obligación estaba derogada por el artículo final de la ley de 15 de octubre de 1875.

La Corte dió vista al Fiscal señor don Agustín Rodríguez, que expidió sobre este punto un luminoso dictamen, que pasamos á extractar.

Desde luego, tratándose de una declaración general, el Fiscal recordó que, según el art. 3.º del Código Civil, las resoluciones de los Tribunales no proceden sino respecto del caso concreto que se les somete; pero, como se trataba de una medida de policía judicial, era competente el Tribunal á virtud de las facultades que al respecto le concede el art. 81 de la Ley orgánica.

Establecidas las facultades de los Tribunales superiores en lo concerniente á la policía judicial, se han re-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

putado vigentes, después de la promulgación de la citada ley de 1875, tanto el auto acordado de 25 de noviembre de 1872, que indica las formalidades á que deben sujetarse las visitas de cárcel, como también los artículos 140, 141 y 145 del Reglamento de Administración de Justicia de 1824, el último de los cuales establece la obligación de asistencia á tales visitas por parte de los procuradores, como funcionarios que por su oficio deben dar razón del estado de la causa de los procesados.

Tanto más plausible aparece esta obligación, si se tiene en vista que la misma Ley orgánica les confiere la representación de los procesados, en la cual, para que ella no sea ilusoria ó ineficaz, deben ser fiscalizados en uno de los actos más importantes en que tal mandato se ejercita.

La subsistencia de las referidas disposiciones es sostenida invariablemente por la Corte Suprema, en quien reside la más alta jurisdicción en materia de policía judicial, según puede verse en las actas de examen de documentos estadísticos de abril de 1876 y julio de 1881 (*Gaceta de los Tribunales*, 1877 y 1882).

En la primera de aquellas actas la Corte mandó que los jueces de letras de Valparaíso diesen cumplimiento al auto acordado de 1872, que lejos de haber sido derogado por la Ley orgánica, á ésta reglamenta y explica. Y es de advertir que el deber de los procuradores se extiende en la misma forma á los receptores.

El Fiscal opinaba, en consecuencia, que el solicitante estaba en el deber de concurrir en la forma legal establecida á las visitas semanales de cárcel; y la Corte de Iquique, con fecha 26 de julio del corriente año, mandó tener esa conclusión como resolución del Tribunal.

La Redacción.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

EL ABORDAJE SEGÚN EL CÓDIGO DE COMERCIO
y las decisiones de nuestros Tribunales

Chile es un país esencialmente marítimo. Estrechado al oriente por la inmensa muralla de granito de los Andes, la larga faja de tierra que se extiende desde el Estrecho de Magallanes, ó más bien, desde el Cabo de Hornos hasta Arica, está bañada por el mar, formando una costa de 2,200 millas de extensión.

Limitado así por el oriente, tiene un horizonte sin límites por el occidente. Está allí el Océano Pacífico abriendo la ruta de la navegación y del comercio, y teniendo en su seno el gran porvenir de la nación chilena.

Con una población vigorosa, emprendedora y dotada del espíritu industrial que tiende ya á desarrollarse en todas las esferas de la actividad humana, esta nación está llamada á un seguro engrandecimiento por medio de la navegación y del comercio marítimo.

Aunque en mantillas todavía ambas industrias, principia á columbrarse el considerable rol que le depara el transcurso de los años, teniendo á su disposición esos inmensos y dilatados caminos que llevarán la estrellada bandera hasta los últimos rincones del mundo.

Con el mar que baña tan extensa costa, con el espíritu industrial de tan enérgica raza, con los depósitos de hulla y de hierro que principian ya á explotarse, y que son los grandes motores de la moderna industria, Chile tiene ante sí un brillante porvenir marítimo que las nuevas generaciones están llamadas á realizar y cumplir.

I.—La legislación chilena, aunque incompleta por lo que hace á estimular y acentuar el desarrollo marítimo de la nación, sin embargo, está bastante adelantada en lo que concierne á los efectos civiles, es decir, á las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cuestiones que pueden suscitarse con ocasión de la navegación.

El Código de Comercio, promulgado en 1865, aunque no se puede decir que sea una obra acabada y completa, bien puede considerarse como una recopilación de leyes bien consultadas, y dictadas en conformidad al progreso y á la necesidad de la moderna civilización. Él ha ampliado las disposiciones contenidas en la legislación de los países más adelantados y resuelto la mayor parte de las variadas cuestiones á que da lugar el servicio marítimo, en lo que concierne á la navegación.

Habiendo recibido el encargo de contestar á un cuestionario relativo al ABORDAJE para ser tomado en consideración en una reunión de aseguradores que tendrá lugar en Hamburgo y que precederá á la formación de un Congreso internacional para tratar de las cuestiones sobre seguros marítimos, nos ocuparemos en la legislación vigente en Chile respecto á las cuestiones propuestas en dicho cuestionario.

Hé aquí el cuestionario:

Preguntas concernientes á la responsabilidad de los buques en caso de colisión ó abordaje.

1.ª ¿Hasta qué grado, según las leyes del país, debe responder el buque que haya ocasionado la colisión y que haya producido avería á otra nave ó á su cargamento? Debe responder también el armador ó el capitán del buque por la avería sufrida por el cargamento de su propio buque?

2.ª ¿Cómo se constituye la responsabilidad cuando ambos buques son culpables del abordaje?

3.ª ¿Á quién afecta la responsabilidad cuando ninguno de los dos buques es culpable, y la colisión ha tenido lugar por fuerza mayor ó por caso fortuito?

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

4.ª ¿Cuál es la responsabilidad que resulta del abordaje en los casos dudosos?

5.ª ¿Hasta qué cantidad es responsable el buque que ha ocasionado el abordaje y de qué modo será tasada la avería? ¿Son responsables los buques cuando navegan bajo el mando de prácticos ó cuando están bajo el mando forzoso de éstos?

6.ª ¿Qué casos excepcionales pueden tomarse en consideración y eventualmente?

II.—Nuestro Código de Comercio ha tratado de solucionar todas las cuestiones que pueden suscitarse con ocasión de la colisión ó abordaje de dos embarcaciones.

Mientras el Código francés y el español contienen apenas un artículo sobre esta materia, nuestro Código le ha destinado un párrafo con el título *Del abordaje*, en el capítulo *De los daños y riesgos marítimos.*

Ese párrafo contiene siete artículos que comprenden justas y previsoras disposiciones, y que abrazan, si no todas, al menos la mayor parte de las cuestiones que pueden suscitarse con ocasión del abordaje de dos embarcaciones destinadas á la navegación.

Aprovechándose de las leyes anteriores y de las costumbres establecidas en el movimiento marítimo, y que suplen al silencio de la ley, el Legislador ha consignado, á este respecto, un cuerpo de doctrinas y de sabias disposiciones, sin separarse de los principios generales y uniformes que prevalecían en otros países más adelantados, aumentándolos y reglamentándolos.

Desde luego, no ha entrado á definir *el abordaje*, sin duda por ser un acto tan especial y *sui generis*, y tan conocido que no da lugar á ninguna confusión, ni puede ser objeto de controversia.

El abordaje es el choque de una embarcación con otra:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

este choque puede provenir de causa mayor ó fortuita, ó de culpa ó dolo del capitán, del práctico, de los oficiales ó de los tripulantes. De aquí es que el abordaje se divide en dos clases, fortuito y culpable, sujeto cada uno de ellos á reglas especiales y determinadas.

Siendo el abordaje, por su naturaleza, un hecho excepcional, y produciéndose en la mayor parte de los casos por fuerza mayor, pues no es natural ni ordinario que el capitán ú oficial de un buque trate de chocarlo con otro para ocasionar perjuicios á éste y á su propia nave, la ley presume que todo abordaje es fortuito.

El artículo 1134 dice así: "El abordaje se presume fortuito; pero se reputará culpable de parte del capitán de la nave que se encuentre en alguno de los casos siguientes:

"1.º Si la nave estuviere mal fondeada por inobservancia de los reglamentos y usos del puerto, ó si tuviere sus anclas sin las boyas necesarias;

"2.º Si la nave zarpare de noche sin haberse puesto previamente en franquía, ó navegare á todas velas á la inmediación de otra que estuviere fondeada ó á la capa;

"3.º Si á la entrada de un puerto la nave tratase de tomar la delantera á otra que la preceda, ó si á la salida no cediere el paso á la nave que entrare al puerto;

"4.º Si navegando con viento en popa en una dirección tal que pueda encontrarse con otra en un punto de intersección, no tomare las precauciones necesarias para evitar el abordaje;

"5.º Si la nave, cualquiera que sea el punto donde se encuentre, no tuviere farol con luz encendida siendo de noche."

La precedente disposición contiene dos prescripciones distintas: en la primera se establece una presunción legal, que admite prueba en contra, de que el abordaje

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

es fortuito; y en la segunda se establece una presunción legal también; pero en sentido contrario, es decir, que el abordaje se presume culpable en todos los casos que en ella se detallan.

Como lo hemos dicho anteriormente, la presunción establecida por la ley de considerar fortuito todo abordaje es natural y equitativa. Pero ella desaparece por completo cuando se verifican los hechos que se especifican en las cinco numeraciones anteriores; y en tal caso se transforma en sentido contrario, y el abordaje se considera culpable, porque cualquiera de esos hechos es un antecedente desfavorable, es un precedente de culpabilidad, que, si bien puede desvanecerse rindiendo una prueba en que conste que el abordaje no se ha verificado por esa causa, sino por otros hechos distintos é imputables á la otra nave, entretanto queda en pie aquel antecedente, si tal prueba no viene á establecer lo contrario.

III.—Hemos dicho que el abordaje es fortuito ó es culpable.

En el caso que el abordaje sea fortuito, está sujeto á la disposición siguiente: «Art. 1129. El daño causado por el abordaje fortuito será soportado sin repetición por la nave que lo hubiere sufrido, sin perjuicio del seguro, si lo hubiere.»

Por consiguiente, la responsabilidad no existe ni puede existir en este caso; y si bien queda á salvo siempre el derecho del asegurado, ello es á consecuencia de otra causa distinta, cual es el contrato de seguro que comprende la avería sufrida por ésta como por otra diversa causa.

Mas no siendo fortuito, el abordaje es culpable; y en tal caso se considera como un cuasi-delito para el que lo ha ejecutado; y de allí resulta la responsabilidad que le asigna la ley en el art. 1130, que dice: «Si el abordaje

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

fuere ocasionado por dolo, negligencia ó impericia del capitán ó tripulación de una de las naves que choquen, el daño será indemnizado por el culpable.» «Siendo causado por hecho de los dos capitanes ó de las dos tripulaciones, cada nave soportará el daño que le sobrevenga.»

El abordaje, ó bien no ocasiona perjuicios á ninguna de las naves, y en tal caso no existe motivo para perseguir la responsabilidad civil de ese acto; ó bien ocasiona perjuicios á una sola de las naves, ó á ambas á la vez.

Si ocasiona perjuicios á una ó á ambas naves, se puede reclamar este perjuicio únicamente en el abordaje culpable, por existir un cuasi-delito, proveniente de dolo, negligencia ó impericia del capitán ó de los tripulantes.

La culpabilidad proviene tan sólo de estas causas; y de aquí es que, si es causado por culpa del capitán de una de las naves, será responsable el culpable, según la disposición citada; y si lo fuese por culpa de los dos capitanes ó de las dos tripulaciones, en tal caso, cada nave soportará el daño que le sobrevenga.

Sin embargo, como en todo caso ha existido un cuasi-delito, y á consecuencia de él han sufrido perjuicio el dueño de la nave ó de las naves abordadas, y los cargamentos, aunque cada nave soporte el daño que le sobrevenga, subsiste siempre la acción contra el culpable.

Á este respecto, el art. 1131 dispone lo siguiente: «Art. 1131. En los casos de abordaje culpable el capitán es responsable al naviero de las averías de la nave y cargamento, salvo su derecho contra los oficiales y tripulación toda vez que el abordaje les fuere imputable.»

De manera que la responsabilidad en los casos de abordaje, si bien puede dirigirse por terceros contra el naviero y el capitán, como lo manifestaremos más adelante, el naviero, á su vez, tiene acción contra el capitán

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y contra los oficiales y la tripulación, si á ellos fuese imputable el abordaje.

Esta responsabilidad se extiende también al piloto lemán ó práctico, como se ve por la disposición siguiente: "Artículo 1132. Si el abordaje ocurriere cuando la nave se halla dirigida por un piloto lemán, el capitán condenado al pago de la avería podrá reclamar de éste la correspondiente indemnización."

La nave que navegue bajo el mando de prácticos, aunque éstos sean exigidos por las leyes locales, estará sujeta á las reglas especificadas en el caso de abordaje: el práctico es responsable, y queda así contestada la segunda pregunta de la 5.ª del cuestionario.

El naviero, que es responsable á terceros, reclamará contra el capitán, y éste contra el piloto lemán que ha sido culpable del abordaje.

IV.—Puede suceder también que sea dudoso determinar la causa del abordaje, y tal será el caso más común; porque intervienen tantos y tan variados incidentes cuando éste tiene lugar, y la prueba rendida por ambas partes, imputando cada uno á la otra parte la culpabilidad del suceso, puede ser tal, que la verdad se oscurecerá y quedará incierta y desconocida aun para el juez más experto. ¿Cómo se resuelve entonces la cuestión en los casos dudosos?

Á este respecto el art. 1133 dice así:

"Art. 1133. En caso de duda acerca de la causa del abordaje, las naves que hubieren chocado se repartirán el daño por mitad."

Sucede entonces que el perjuicio ocasionado por el abordaje no será soportado por la nave que lo hubiere sufrido, sino que será estimado por peritos y se repartirá por mitad entre las dos naves, aunque la una hubiese sufrido mayor perjuicio que la otra.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Si el caso es dudoso, es porque han ocurrido hechos que manifiestan que el abordaje no es fortuito y que bien pudiera ser culpable. Y como en este último caso la nave que hubiese ocasionado el perjuicio es la responsable, y es dudoso cuál de ambas naves es la culpable, nada más natural que adoptar la resolución establecida en el artículo citado, á saber: que el total del perjuicio se reparta entre las dos naves por iguales partes.

Tal es la contestación que corresponde á la 4.ª pregunta del cuestionario que hemos citado al principio.

V.—¿Quién es directamente responsable á terceros de los perjuicios ocasionados por el abordaje culpable?

Ya lo hemos dicho anteriormente: el naviero y el capitán de la nave.

«Art. 862. Llámase *naviero* ó *armador* la persona que, sea ó no propietaria de la nave, la apareja, pertrecha y expide á su propio nombre y por su cuenta y riesgo, percibe las utilidades que produce y soporta todas las responsabilidades que la afectan.»

De esta manera, el naviero es el representante legítimo de la nave. El Código establece también cuáles son las obligaciones del naviero en esta parte.

«Art. 865. El naviero está obligado:... 4.º Á responder civilmente de los hechos del capitán ó tripulación, bien constituyan un delito ó cuasi-delito, bien importen una mera culpa.»

El 878 dispone:

«Para hacer efectiva la responsabilidad civil del naviero por un hecho del capitán, el acreedor podrá demandar á cualquiera de ellos separadamente, ó á ambos á la vez; y la sentencia que se pronunciare podrá ser indistintamente ejecutada en la persona y bienes de uno ú otro.»

VI.—¿Hasta dónde llega la responsabilidad del na-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

viero? ¿Responde personalmente, es decir, con todos sus bienes, de todo perjuicio ó tiene un límite esta responsabilidad?

El art. 873 dispone: "La responsabilidad establecida en el núm. 4.º del art. 865 afecta al naviero aunque no sea propietario de la nave. El naviero tiene en todo caso derecho para reclamar de los culpables la competente indemnización."

Y el art. 879 dice así: "El naviero, sea ó no propietario de la nave, podrá libertarse de responder de los hechos del capitán y tripulación, y de las obligaciones contraídas por aquél, abandonando la nave y los fletes percibidos ó por percibir en razón del viaje á que esos hechos y obligaciones se refieran. El naviero extraño ó condueño quedará obligado por el abandono, á indemnizar cumplidamente al propietario ó co-partícipe de la nave."

De aquí resulta que la responsabilidad del naviero, en caso de abordaje culpable, no es personal, y le es dado libertarse de ella abandonando la nave y los fletes para pagar con éstos los perjuicios ocasionados á la nave y al cargamento.

Para responder á estos perjuicios, en buenos términos, no existe otra cosa respecto al naviero que el valor de la nave y de los fletes; puesto que éste, en caso de ser demandado, abandonará una y otra cosa cuando ambas valgan menos que los perjuicios que se reclaman.

Mas, como según lo dispuesto en el art. 908, el capitán es civilmente responsable aun de la culpa leve que cometa en el ejercicio de sus funciones, y, en consecuencia, deberá indemnizar á los interesados los daños y perjuicios que directa ó inmediatamente les sobrevengan por dicha causa; y como, además, según el art. 878, para hacer efectiva la responsabilidad del naviero por un

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

hecho del capitán, el acreedor podrá demandar á cualquiera de ellos separadamente ó á ambos á la vez, y la sentencia podrá ser ejecutada en los bienes de uno y otro, resulta que en el caso de abordaje, además de la nave y los fletes, responden á los perjuicios todos los bienes del capitán culpable.

Tal es la contestación que corresponde á la primera pregunta del cuestionario.

No está demás, finalmente, observar que, según lo dispuesto en el art. 888, el abandono de la nave por el naviero se hará por instrumento público y será notificado á los acreedores.

Puede suceder también que la nave desaparezca por el abordaje. ¿Cuál sería en este caso la responsabilidad del naviero si el abordaje resultase culpable?

En este caso, quedaría únicamente para hacer efectiva la responsabilidad el seguro de la nave, si es que éste existía; y además los bienes del capitán, si resultaba culpable de dolo, impericia ó negligencia.

Y á este respecto conviene tener presente la disposición siguiente: «Art. 1135. Si después del abordaje perece la nave al dirigirse á un puerto de arribada para reparar sus averías, se presume que la pérdida ha sido causada por aquel accidente.»

La ley establece una presunción natural; pero esta presunción es legal y se admite prueba en contra en tal caso. La ley supone que la nave se ha perdido por causa del abordaje; pero si la pérdida ha provenido de otra causa, los interesados pueden probarlo y evitar las consecuencias de la presunción legal.

F. Donoso Vergara.

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN HISTÓRICA

DON ANDRÉS BELLO Y EL CÓDIGO CIVIL

(Continuación)

"Pasando á los códigos modernos, el francés, art. 331, dice:—Los hijos nacidos fuera de matrimonio, como no sean de comercio incestuoso ó adulterino, podrán legitimarse por el matrimonio subsecuente de sus padres, cuando éstos los hayan reconocido legalmente.—Ni podía ser de otro modo una vez que por el art. 340 del mismo Código está prohibida á los hijos ilegítimos la indagación de la paternidad. No se legitiman, pues, según el derecho francés, sino los reconocidos voluntariamente por sus padres; pero precediendo este reconocimiento, ya no es facultativa la legitimación; exactamente como se propone en el art. 231 del *Proyecto* (1853). Se preguntará si es obligatorio á los hijos el aceptar la legitimación. Parece claro que no, porque, si la rechazasen y el padre insistiese en ella, sería preciso proceder judicialmente á la indagación de la paternidad, prohibida en el art. 340. Sólo, pues, cuando se admitiese la paternidad por parte del hijo, parece que podría serle conferida la legitimación contra su voluntad. La ley romana que iguala bajo este respecto al padre y al hijo, es indudablemente más equitativa.

"El Código de la Luisiana, art. 217, traduce literalmente el 331 francés. Lo mismo el 171 sardo, el 327 holandés, el 8 bávaro, el 161 austriaco. El Código de las Dos Sicilias, art. 253, legitima *ipso jure* mediante el sub-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

siguiente matrimonio de los padres, cuando éstos hayan sido reconocidos legalmente antes del matrimonio ó lo sean en el acto mismo de la celebración. Lo mismo el Código de Parma, Plasencia y Guastala y el Código del Cantón del Ticino. Hay diferencias en cuanto al tiempo en que se permite la declaración. El del Cantón de Vaud no la exige. El proyecto de Goyena prescribe la legitimación por subsiguiente matrimonio, con tal que los padres hayan reconocido al hijo antes del matrimonio, ó en el acto de celebrarlo. Pero téngase presente que en ese proyecto se prohibe la indagación de la paternidad y aun la de la maternidad. La obligación pesa, pues, exclusivamente sobre los hijos.

"Ahora, pues, si entre los romanos el subsecuente matrimonio no legitimaba sino á los hijos designados en el instrumento dotal, aunque nacidos de concubinato, que era una especie de unión legítima ¿con cuánta más razón no deberá ser lo mismo entre nosotros donde el subsiguiente matrimonio puede elevar á la clase de esposa á una mujer de mala conducta que tal vez ha dado justísimos motivos de desconfianza al cómplice de sus flaquezas y ha tenido acaso trato ilícito con varios hombres á un tiempo? ¿Penetrará la ley hasta en las tinieblas de esas conexiones clandestinas? ¿Establecerá como principio de legitimación un comercio casual, raro, incierto, en que no hay nada que garantice la fidelidad de una mujer que se ha envilecido? ¿No sería prostituir el principio *Pater est quem nuptiæ demonstrant* el aplicarlo á enlaces tan precarios, furtivos y vergonzosos? Aún suponiendo que el padre creyese suya la prole ilegítima ¿estará obligado á legitimar á un hijo de malas costumbres, á un hijo que se ha manchado con acciones infames, á una hija que se ha prostituido, y se le pondrá en la alternativa de no casarse ó de introducir en el seno de su

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

familia un germen de inmoralidad y depravación?.....
.....»

Por la exposición precedente, se ve que el principio de que la legitimación no puede llevarse á efecto sin el consentimiento del hijo, no ha sido universalmente admitido.

Ha habido legislaciones según las cuales la legitimación podía tener lugar aun contra la voluntad del hijo.

Nuestro *Código Civil*, de acuerdo en esto con el *Proyecto*, estima por el contrario el consentimiento del hijo como un requisito indispensable para la legitimación, salvo los casos á que se refieren los arts. 206 y 207.

Aun en este último se puede decir que se exige el consentimiento, puesto que el hijo no puede ser reconocido sin su voluntad, como lo dispone el artículo 273 del *Código*.

Ahora bien, si había legislaciones que consignaban una regla contraria á la que pretendía establecer don Andrés, era evidente que el artículo objetado como inútil por el señor Ocampo no debía ser suprimido.

»Artículo 239ª (*Proyecto* inédito.)

»Solo el supuesto legitimado, y en el caso del artículo 237 sus descendientes legítimos llamados inmediatamente al beneficio de la legitimación, tendrán derecho para impugnarla por haberse omitido la notificación ó la aceptación prevenida en los artículos 233, 235 y 236.»

Observación del señor Ocampo: »Si al supuesto legitimado no se ha hecho la notificación prevenida en el artículo 233, y si no ha aceptado la legitimación en la forma prevenida por el artículo 235, es inútil conferirle el derecho de impugnarla. Para todos los efectos de derecho, le bastará el derecho que tiene para excepcionarse

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

contra todos los que pretendan fundar alguna reclamación en la legitimidad no notificada ni aceptada.»

Contestación de don Andrés: «Excepcionarse el supuesto legitimado por haberse omitido la notificación ó aceptación, es impugnar por este medio la legitimación que se le atribuye.»

La respuesta precedente del señor Bello destruía la objeción del señor Ocampo; por consiguiente, la redacción del artículo de que tratamos no fué modificada, como puede verse consultando el artículo 218 del *Código Civil.*

«Artículo 245 (*Proyecto* inédito.)

«Á la madre divorciada, haya dado ó no motivo al divorcio, toca el cuidar personalmente de los hijos menores de cinco años, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad. Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos de cualquiera edad ó sexo, cuando por la depravación de la madre sea de temer que se perviertan; lo que siempre se presumirá, si ha sido el adulterio de la madre lo que ha dado causa al divorcio.

«En estos casos, ó en el de hallarse inhabilitada por otra causa, podrá confiarse el cuidado personal de todos los hijos al padre.»

Observación del señor Ocampo: «Convendría negar á la mujer que ha incurrido en el crimen de apostasía el cuidado de los hijos por las mismas razones que se la declara inhábil para ejercer la tutela cuando ha sido divorciada por adulterio, según el inciso décimo del artículo 585, y el motivo en que se funda el 598 para declarar inhábiles de la tutela ó curatela á las personas que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

profesan diversa religión de aquella en que debe ser ó ha sido educado el pupilo.»

Contestación de don Andrés: «Me temo procedimientos inquisitoriales, que no son de temer en los otros dos artículos que se citan.»

En efecto, la apostasía es un delito que pertenece al fuero interno. Nuestras leyes penales no castigan al apóstata.

Para averiguar si un individuo había incurrido en este delito, era necesario saber si había negado ó no la fe de Jesucristo, es decir, era menester investigar cuáles eran sus creencias religiosas; lo cual se prestaba al empleo de procedimientos inquisitoriales, como dice el señor Bello, que estaban en abierta contradicción con los principios liberales que éste profesaba y que se reflejan en varios artículos del *Código*.

El mismo artículo 598 citado como ejemplo por el señor Ocampo, ó sea el que aparece en el *Código Civil* bajo el número 508, es precisamente uno de los que ponen de manifiesto el respeto que el señor Bello tenía á la libertad de conciencia.

El artículo á que nos referimos dice como sigue:

«Artículo 508. Los que profesen diversa religión de aquella en que debe ser ó ha sido educado el pupilo, no pueden ser tutores ó curadores de éste, excepto en el caso de ser aceptado por los ascendientes, y á falta de éstos, por los consanguíneos más próximos.»

Como puede notarse, no se atiende aquí á ninguna religión determinada.

El Legislador respeta igualmente todas las creencias.

En la representación que los prelados de la Iglesia chilena hicieron al Senado pidiendo la modificación de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

algunos artículos del *Código Civil*, se decía respecto al que acabamos de reproducir lo que va á leerse:

«Según el artículo 508, de un pupilo católico puede ser tutor ó curador el que sea de distinta religión, si los padres de aquél consienten en ello. Como, según los artículos 428 y 438, corresponde á los tutores y curadores dirigir la educación de sus pupilos, sujetándose á lo más en ciertos casos á la voluntad de otras personas, cuya sujeción cesa faltando éstas, se sigue que puede legalmente un tutor de distinta religión hacer apostatar á un niño católico. Si éste, desde pequeño, no oye otra doctrina ni ve otros ejemplos que los de un disidente, y si para mejor asegurar su perversión se le hace educar en país y colegio donde la religión que se profesa no es católica ¿se cree que la fe del desventurado niño resistirá á tan ruda prueba? Pues la ley la cría, sin que sirva de freno la traba puesta del consentimiento de los parientes, que se requiere para discernir la tutela al que profesa distinta religión. Á la vez, estos mismos parientes del pupilo católico pueden tener otra creencia, como sucede en los matrimonios mixtos en que no quedan deudos del cónyuge católico, ó, si los hay, están en grado más remoto que los del disidente; y por cierto que esta clase de parientes no sólo no opondría resistencia, sino que propendería de intento á que el tutor fuese de distinta religión del pupilo. Pero, aun cuando los parientes fuesen católicos, no faltarían casos en que hombres del mundo y ocupados en sus propios intereses, no hiciesen mucho caso de los peligros morales de un niño que de lejos les pertenecía.

«En un país en que la unidad católica existe de hecho, y está sancionada por la Constitución del Estado, la ley no debe ser indiferente respecto de la condición religiosa de los ciudadanos; y la salvación de un huérfano desti-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tuido del apoyo paternal no puede jamás estar sujeta á los caprichos ó indolencias de otros, ni la fidelidad á su religión ó apostasía de una inocente criatura debe ser objeto de un convenio ó arreglo de parientes. Repugna á la dignidad católica el que los derechos de la conciencia se ajusten y transijan como los que se tienen á una heredad. Y ojalá que las precauciones legales para garantir al pupilo sus bienes terrenos se aplicasen siquiera á la custodia del más rico tesoro entre los bienes morales, la fe católica. Á la verdad, basta ser ciego, mudo, tullido, privado de administrar sus propios bienes, no saber leer, según el artículo 497, para contraer incapacidad de ejercer tutela, de modo que, aun cuando consientan los parientes, el pupilo jamás puede tener tales tutores, y esto es porque la administración de sus bienes corría algún peligro. ¿Y habrá razón para que la misma precaución no tenga lugar cuando se trata de garantir la fe? Además, conforme al mismo artículo 497, produce incapacidad el ser de mala conducta notoria ¿por qué, pues, no ha de producirla el ser notoriamente de religión distinta de la católica? Á los ojos del legislador católico no puede haber diferencia entre el peligro de perversión en la fe y el de las costumbres; y sería una inconsecuencia monstruosa adoptar precauciones para lo uno y no para lo otro.

MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI R.

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—**1.** Obras completas de don Andrés Bello, vol. X, *Derecho Internacional*, 627 págs., edición hecha bajo la dirección del Consejo de Instrucción Pública, en cumplimiento de la ley de 5 de septiembre de 1872. (Impreso por Pedro G. Ramírez, 1886.) Comprende el acreditado libro sobre Derecho Internacional, los editoriales que sobre esta materia insertó el señor Bello en *El Araucano*, y treinta y seis páginas de una introducción de don Miguel Luis Amunátegui, que termina así: "El docto jurisconsulto que dió leyes á un pueblo, supo también reunir con acierto en un libro poco voluminoso las reglas que las naciones han de observar para su seguridad y bienestar común."—**2.** Segunda Asamblea General de la Unión Católica de Chile, *celebrada en Santiago en 1.º, 2, 3 y 5 de noviembre de 1885*, 1 vol., 328 págs., Imp. Victoria, Santiago. Hemos concluido recientemente la lectura de este libro, y nos parece conveniente enumerar los trabajos leídos en la Asamblea que se refieren á materias jurídicas. Ellos son: *El Patronato*, por don Enrique Tocornal, cuyo asunto aparece tratado con vigor de raciocinio, erudición y profundidad; *La Estatolatría*, por don F. González E.; *La libertad de cementerios*, por don J. M. Eyzaguirre; y *La libertad de asociación*, por don B. Pereira. En el debatido punto de las atribuciones del Estado, que es el objeto del intitulado *La Estatolatría*, nos han llamado la atención los ataques que el autor dirige contra la democracia moderna, que es precisamente una de las conquistas más duraderas y fecundas del sistema republicano de gobierno.—**3.** Explicación del artículo 959 del Código Civil, memoria presentada para optar al grado de licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas, por don Paulino Alfonso, 1 volumen, 23 págs., Imp. Cervantes, Santiago. Es una edición por separado de la memoria que nuestro distinguido colaborador publicó en uno de los últimos números de esta Revista.—**4.** Código Penal de la República de Chile, por don Robustiano Vera, 1 vol., 470 págs., Imprenta de la Lib. Am., Santiago. El autor advierte que esta obra es un extracto de la que con el mismo título publicó en 1883. Ella contiene la reproducción del referido Código con comentarios minuciosos,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

precedidos de una reseña histórica del Derecho Penal, de un estudio sobre el origen del derecho de penar y bases en que descansa, de la historia del Código Penal de Chile, del mensaje del Gobierno acompañado al proyecto y de las leyes promulgatorias del Código. Concluye el libro con la inserción de las leyes, decretos y datos más oportunos que ilustran la materia.—**5.** Los Bancos de Chile y la ley que los rige, folleto de actualidad, por don Agustín Ross, 1 vol., 110 páginas, Imp. Excelsior, Valparaíso. Es un estudio histórico sobre las emisiones de papel-moneda y sobre los bancos, redactado con claridad y erudición. Se publicó primeramente en *El Mercurio* de Valparaíso, y sus ideas han sido contestadas en diversos artículos de *La Libertad Electoral* de esta ciudad, á los que replicó el señor Ross en aquel diario. Notamos con placer que, con motivo de la difícil situación que atraviesa el país, se ha dado toda su importancia á las cuestiones económicas. Un debate ilustradísimo ha habido en las Cámaras, y la prensa ha registrado muchos y bien concebidos artículos. Entre éstos, son dignos de especial mención los publicados en *El Mercurio* por don Marcial Martínez en los meses de mayo y julio último, sobresaliendo una carta notabilísima á Mr. Courcelle Seneuil.—**6.** Informe de la Comisión nombrada por los representantes de Compañías extranjeras de seguros sobre el proyecto de ley referente á la constitución futura de las agencias de sociedades anónimas extranjeras, sometido por el Supremo Gobierno á la consideración del Congreso Nacional, julio de 1886, un op., 31 págs., Imp. de *La Patria*, Valparaíso.

BOLIVIA.—**1.** Gaceta Judicial, de Sucre, núms. 520 á 524 del año XX, un número extraordinario y 525, 527, 528, 530, 531, 540, 543 á 549 de los años XXI y XXII. Esta publicación es análoga en su fondo á la *Gaceta de los Tribunales* de nuestro país, y es su editor el vocal decano de la Corte Suprema de Justicia, señor don Saturnino Sanjinés.—**2.** Gaceta del Tribunal Nacional de Cuentas, de Sucre, núms. 16 á 23 (diciembre 30 de 1885 á 7 de julio de 1886).—**3.** Código Civil Boliviano *explicado y concordado*, por don Melchor Terrazas, doctor en Derecho y ciencias políticas, abogado en Bolivia y el Perú y ministro de la Corte Suprema (actual ministro diplomático de su patria en Chile), 1 vol., 275 págs., Tipografía de *El Cruzado*, Sucre. Como se sabe, el Código Civil de Bolivia reconoce como fuentes el Código Napoleón y las leyes españolas, «dos legislaciones, dice el autor en su proemio, de diversa índole: la de España, que exhibe la antigua edad, es decir, las tradiciones romanas, exhorbitantes y formularias, junto con los cánones católicos que, si moderan el viejo régi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

men, mediante la reparadora virtud del Evangelio, también subordinan, en materias importantes, el derecho á la creencia religiosa; y la de Francia, que inaugura la civilización moderna, avanzando la evolución reaccionaria de la personalidad y de la propiedad, en la triple esfera del individuo, de la familia y de la propiedad»; y por tanto, continúa el señor Terrazas, «era forzoso que adoleciese de los vicios consiguientes á la época de transición en que se erigió y á la heterogeneidad de los elementos que entraron en su composición». El plan del libro ha consistido en fijar los puntos discutibles del Derecho Civil é investigar la verdad legal en su fórmula originaria, en la combinación de las disposiciones coherentes, en la jurisprudencia y en la doctrina, dándole, como nos decía el señor Terrazas en su apreciable comunicación de 22 de enero último, «un peculiar carácter práctico, según puede reconocerse por las breves exégesis de los artículos á que se refieren». Nos congratulamos de los progresos en la hermenéutica que alcanza la atrasada legislación civil boliviana, y felicitamos cordialmente al señor Terrazas en su calidad de promotor de tan oportunos adelantamientos.—**4.** En un opúsculo de 58 págs. (Imp. de *El 14 de Septiembre*, 1885) nos han sido remitidos por el distinguido publicista de Cochabamba don J. M. Gutiérrez Argote dos PROYECTOS DE REGLAMENTO DE POLICÍA DE SEGURIDAD, formados conforme á los usos y costumbres de Bolivia. No están consultados en ellos los adelantados principios científicos que en la materia predominan en los pueblos modernos. Restringen enormemente la libertad individual y reglamentan aquellas instituciones decrépitas que, bajo la denominación de *gremios de artesanos*, estimábamos abolidas junto con la antigua legislación española que las creó: así, ningún artesano podría abrir tienda, *en calidad de maestro*, sin acreditar su competencia y sin rendir fianza. Para reemplazar una llave extraviada, ningún boliviano estaría facultado para mandar fabricar otra, sin permiso de la policía. Son sirvientes los que el reglamento enumera, y ninguno puede ser admitido sin patente de disponibilidad expedida por la policía. Caso omiso de otros reveladores detalles, celebraríamos que tales Proyectos fuesen relegados al justo olvido que merecen, como atentatorios de la libertad personal y contrarios á la civilización y cultura de aquella República.

LA DIRECCIÓN.

IMP. CERVANTES, Bandera, 73

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO II Santiago, 1.º de octubre de 1886 NÚM. 5

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Don José Miguel Barriga, por E. C. L.—Reforma del artículo 1464 del Código Civil, por don Enrique Cood.—Notas editoriales: Instituciones legales del Salvador.—Comentario del Título preliminar y del Título I del Libro I del Código de Comercio (continuación), por don José Alfonso.—Alcance del artículo 998 del Código Civil, por don Carlos Rivera Jofré.—¿Están obligados los curadores de menores á absolver posiciones en los juicios en que éstos tuvieren parte? por don Robustiano Vera.—¿Es deber de los promotores fiscales y de los procuradores del número asistir á las visitas semanales de cárcel? por J. B. T.—El abordaje según el Código de Comercio y las decisiones de nuestros Tribunales (conclusión), por don F. Donoso Vergara.—Don Andrés Bello y el Código Civil (continuación), por don Miguel Luis Amunátegui Reyes.—Biblioteca de la REVISTA FORENSE CHILENA, por La Dirección.

DON JOSÉ MIGUEL BARRIGA

Uno de aquellos magistrados que más han honrado á la judicatura con sus talentos esclarecidos y su carácter integérrimo ha fallecido el 3 del mes próximo pasado.

El mejor elogio que se debe á la memoria del señor don José Miguel Barriga es compararlo con el tipo más acabado del juez entre nosotros, el señor Vial del Río, cuya figura abrillantan los tiempos y la admiración agradecida de sus conciudadanos.

El señor Barriga había sido jubilado en 1882 después de largos y valiosísimos servicios, no habiendo abandonado su puesto de ministro de la Corte Suprema sino cuando su salud le impidió por completo desempeñarlo.

La codificación chilena le debe también importantes servicios. En la Comisión revisora del Proyecto de Código Civil fué uno de los miembros más laboriosos, y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que más merecieron el voto de gracias del Congreso de 1855 y el aplauso de la posteridad.

Consagrado á las labores judiciales durante cerca de medio siglo, el señor Barriga deja muchos y muy nobles ejemplos que imitar y en los cuales se inspirarán todos los que como él anhelen un glorioso prestigio para la magistratura nacional y á que sus nombres sean recordados con el respeto y el amor que Chile sabe tributar á sus grandes servidores.

E. C. L.

REFORMA DEL ARTÍCULO 1464 DEL CÓDIGO CIVIL

El *Proyecto de ley* que se ha aprobado en el Senado es del tenor siguiente:

"*Artículo único.*—Agrégase al artículo 1464 del Código Civil, los siguientes incisos:

"5.º De las cosas cuya enajenación estuviese prohibida por decreto judicial, á menos que el juez lo autorice ó el acreedor consienta en ello.

"El embargo, litis ó prohibición de enajenar á que se refieren los números 3.º, 4.º y 5.º, se inscribirán en el Registro del conservador de bienes raíces del departamento ó departamentos á que por su situación pertenezca el inmueble.

"La inscripción se hará dentro del plazo prudencial que, en cada caso, deberá fijarse por el juez que conoce de la causa. Las que se hicieren después de transcurrido dicho plazo, sólo podrán causar acción de nulidad desde las fechas de sus respectivas anotaciones en los registros correspondientes.

"Los embargos, litis ó prohibiciones de enajenar in-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

muebles, anteriores á la vigencia de esta ley, deberán inscribirse en el Registro conservatorio correspondiente, en el término de cuarenta días contados desde su promulgación.

"Expirado este plazo, sólo producirán nulidad respecto de terceros las enajenaciones que se hiciesen desde la fecha de la inscripción."

Conviene transcribir aquí el texto del artículo del Código Civil á que se refieren estas adiciones.

"Art. 1464. Hay un objeto ilícito en la enajenación:

"1.° De las cosas que no están en el comercio;

"2.° De los derechos ó privilegios que no pueden transferirse á otra persona;

"3.° De las cosas embargadas por decreto judicial, á menos que el juez lo autorice ó el acreedor consienta en ello;

"4.° De especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio."

El artículo primitivo se prestaba á varias observaciones fundadas; las adiciones proyectadas merecen críticas mucho más serias.

Seremos muy breves, señalando á la atención de los lectores versados en la terminología del derecho civil las graves dificultades que presenta el asunto.

Desde luego se advierte que el artículo 1464 introduce su enumeración con estas palabras: *Hay un objeto ilícito en la enajenación.*

El Legislador había definido en uno de los artículos precedentes qué es lo que se entiende por *objeto* de una obligación. No es impropio decir que los contratos tengan *objeto*, ni que las enajenaciones tengan también *objeto*. Enajenación es el hecho de pasar el dominio de una cosa de una persona á otra. En el artículo que examinamos no se dice claramente si la enajenación es por

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

causa de muerte, ó por acto entre vivos, ó por ambos títulos. Es fácil demostrar que las cosas comprendidas en los números 3.º y 4.º del artículo pueden ser objeto de una transmisión por causa de muerte y que, en tal caso, no hay ni puede haber nada de ilícito en la enajenación. Dejaremos á un lado la enajenación por causa de muerte y nos fijaremos sólo en la enajenación por acto entre vivos.

La primera idea que salta á la mente al leer el artículo es que el Legislador ha querido enumerar las cosas que no se pueden enajenar, que no son susceptibles de enajenación. Estas cosas son las mismas que no se pueden vender y que, por analogía y por extensión, no pueden ser materia de ningún contrato traslaticio de dominio.

Las cosas contenidas en el número 1.º son aquellas que se llaman incomerciables, aquellas que no están en el comercio humano. El Código no ha cuidado de enumerar estas cosas en ningún artículo especial, pero el estudiante de derecho puede formar por sí mismo la nómina de ellas, entresacándolas de diversos artículos.

Ahora bien, estas cosas incomerciables no son *objetos ilícitos* sino que no son objetos absolutamente; y así lo dice el Código en un artículo anterior. Síguese de aquí que el Legislador ha caído en una impropiedad de lenguaje relativamente á este primer punto.

Las cosas que abraza el número 2.º del artículo, que son los derechos ó privilegios que no pueden transferirse á otra persona, no pueden ser un objeto ilícito de obligaciones, contratos ó enajenaciones, sino que lo que acontece respecto de ellas es que no pueden enajenarse, porque no pueden salir del dominio del que goza de los derechos ó privilegios intransferibles por la misma naturaleza de ellos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Llegamos ahora al número 3.º, que comprende las cosas embargadas por decreto judicial. El embargo puede proceder por acción ejecutiva, ó puede ser meramente provisional á título de medida precautoria, que generalmente se denomina prohibición de enajenar.

Es evidente que las cosas embargadas no pueden constituir un *objeto ilícito*, ni para contratar acerca de ellas, ni para enajenarlas. Y la prueba más concluyente de este aserto es que el juez puede autorizar su enajenación, y aún más, el solo consentimiento del acreedor basta para que se permita la enajenación.

Lo que hay respecto de estas cosas es que el dueño se encuentra bajo el peso de una incapacidad particular que consiste en la prohibición que la ley ha impuesto á ciertas personas para ejecutar ciertos actos, incapacidad de que habla un artículo de este mismo título del Código.

Si hubiera objeto ilícito en la venta primero y en la enajenación después de estas cosas, sería un despropósito que el juez pudiera autorizar la venta y enajenación, ó que bastara el consentimiento del acreedor para validarlas. Sabemos que cuando hay *objeto ilícito* en un acto ó contrato, éste adolece de nulidad absoluta; y la nulidad de la enajenación de una cosa embargada sólo interesa al acreedor embargante, y, por consiguiente, es relativa.

En consecuencia de lo expuesto, resulta que el Legislador ha incurrido en un error de lenguaje al emplear la frase *hay un objeto ilícito*, etc.

Pasemos ahora al número 4.º, que abraza las especies cuya propiedad se litiga, ó en otros términos, las cosas litigiosas, esto es, las cosas sobre las cuales ha recaído una acción vindicatoria. Desde que el demandado es emplazado, la cosa es litigiosa y no puede ser enajena-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

da, que es consecuencia de un principio más lato que prohibe innovar en los pleitos.

Esta prohibición impuesta al demandado por la acción vindicatoria, no hace que la cosa litigiosa constituya un objeto ilícito; y para probar esta tesis no tenemos más que seguir el raciocinio anterior.

El Código no sólo ha empleado mal el término *objeto ilícito* en el artículo que venimos examinando, sino que ha hecho una confusión igualmente lamentable en el artículo 1466, donde supone que hay objeto ilícito en las deudas contraídas en el juego de azar, proposición que si fuera cierta, haría que la moneda legal, sea acuñada ó en billetes, fuese un objeto ilícito. El mismo artículo concluye con un precepto verdaderamente sorprendente, pues declara que hay *objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.* Semejante teoría lleva á las consecuencias más absurdas, pues la ley prohibe á menudo contratos en interés de un menor, en interés de los herederos ó co-partícipes de una sucesión, y en muchos otros casos que sería largo enumerar; y si hubiera *objeto ilícito* en tales contratos, ellos serían absolutamente nulos y habría forzosamente que deshacerlos á pesar de ser ventajosos al menor, heredero, etc.

Queda demostrado que, si hay algo que reformar en el artículo 1464 y en el 1466, están en primera línea distinguir bien entre objeto imposible ó ninguno, y objeto ilícito; distinguir bien entre prohibiciones particulares y objetos ilícitos; y distinguir bien entre objeto ilícito y causa ilícita.

Mientras estén vigentes los artículos aludidos, la jurisprudencia estará vacilante, no por razón de la filosofía del derecho, sino por razón de la desgraciada letra de la ley. Los Tribunales tendrán que acatar la justicia natural y la filosofía; pero no estaría demás que el Legislador

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

normalizara la terminología legal y pusiera en orden lo que ahora está en desorden.

Veamos ahora lo que ha hecho el Senado.

En primer lugar, ha añadido al artículo otro número que es el 5.º, comprendiendo en él las cosas cuya enajenación estuviese prohibida por decreto judicial. Ya hemos visto que estas cosas están realmente incluídas en el número 3.º, y, por lo tanto, en esta parte no se ha hecho novedad.

Donde el Senado ha sido poco feliz, es en el modo de dar publicidad al embargo, demanda vindicatoria ó prohibición de enajenar, cuando se trata de bienes raíces.

Según la norma que sirvió de base para la reforma del artículo, lo que se dió por presupuesto era que los actos arriba enumerados no revestían publicidad mientras no constasen del Registro del conservador. Y, sin embargo, contrariando esta norma y este propósito, el dueño de la cosa embargada ejecutiva ó provisionalmente queda incapacitado desde luego, aún antes de hacerse la inscripción del embargo ó acción vindicatoria; pues basta que esta inscripción se haga dentro de cierto plazo fijado por el juez, y una vez hecha la inscripción, obra retroactivamente.

Este procedimiento tiene dos vicios: el primero, que los compradores ó adquirentes de buena fe pueden ser víctimas de un engaño, y más, de un engaño autorizado por la ley; y segundo, que los compradores ó adquirentes de mala fe pueden contratar válidamente acerca de la cosa que saben que está embargada, reivindicada, con tal que la inscripción no se haga en tiempo hábil.

Sigue la reforma del Senado estatuyendo que cuando la inscripción no se hace en tiempo hábil sólo habrá acción de nulidad desde la fecha de ella para adelante. Lo que no se comprende es que limitándose el Senado á

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

enajenaciones, que consisten en la tradición, que á su vez consiste en la inscripción, pueda, moral ó lógicamente, ocurrir el caso de que el conservador inscriba un título de dominio enfrente de una inscripción prohibitoria. No habrá acción de nulidad, por cierto, de parte del pretendido adquirente, sino que el conservador pondrá en su conocimiento que ha sido víctima de un engaño.

¿Ó habrá querido decir el Senado que la acción de nulidad se refiere al título traslaticio de dominio, v. gr., la compra-venta? Bueno habria sido que lo hubiera expresado y hubiera previsto todos los casos que pueden presentarse de títulos traslaticios otorgados antes del embargo material ó después de él.

Con este motivo cabe preguntar ¿qué efecto produce en el sentir del Senado la diligencia llamada de embargo? Por una parte, parece que vale todo y, por otra parte, parece que no vale nada.

La verdad es que todos los puntos que han sido tratados en el artículo adicional del Senado corresponden al Código de Enjuiciamiento. En él se dirá que el embargo de una cosa inmueble no está completo sin la inscripción, y ésta se hará incontinenti, á la mayor brevedad, sin necesidad de nuevos decretos. Del mismo modo la acción vindicatoria y cualquiera prohibición de contratar acerca de un inmueble, se inscribirá como medida precautoria sin esperar trámites nuevos y nuevos decretos.

En resumen, por muy buenas que hayan sido las inspiraciones de los autores del proyecto de adición ó reforma, el hecho es que conviene dejar los trámites que son de procedimiento para el Código de Enjuiciamiento. Y que, si es urgente llenar luego el vacío que se nota respecto de los bienes raíces (proposición que es bien dudosa), más apremiante todavía es suprimir todos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

aquellos preceptos del Código Civil que convierten la incapacidad particular del dueño, ó del que hace sus veces, para contratar y enajenar, en una causa de nulidad absoluta, suponiendo que hay en estos contratos y enajenaciones *un objeto ilícito.*

ENRIQUE COOD.

NOTAS EDITORIALES

INSTITUCIONES LEGALES DEL SALVADOR.—1. La Constitución política tiene fecha del 4 de diciembre de 1883. Expondremos aquellas disposiciones notables en sí mismas, ó que difieren de las que rigen la organización política de Chile.

La Nación salvadoreña es soberana, libre é independiente (art. 1.º). Todo poder público emana del Pueblo (3). En la República no se reconocen empleos ni privilegios hereditarios (5). El Salvador reconoce derechos anteriores y superiores á las leyes positivas, teniendo por principios *la libertad, la igualdad, la fraternidad;* y por base la familia, el trabajo, la propiedad y el orden público (10). Todos los habitantes del Salvador tienen derechos incontestables *á procurarse la felicidad* sin daño de tercero (11). Se garantiza el libre ejercicio de todas las religiones, sin mas límite que el trazado por la moralidad y el orden público (14). No se entiende por denegación de justicia el que un fallo ejecutoriado no sea favorable al reclamante (17). Todos los hombres son iguales ante la ley, ya proteja ó castigue. Las leyes no pueden tener fuerza ni efecto retroactivo (21). El objeto de las penas es *corregir*, y *no exterminar* á los hombres: es prohibida toda pena infamante ó *de duración perpetua.* La pena de muerte sólo puede aplicarse por los de-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

litos de traición, asesinato, asalto é incendio si se siguiere muerte, y nunca por delitos políticos (22). *El trabajo es obligatorio, salvo en los días domingos ó de fiesta nacional* (26). La Nación garantiza la existencia y difusión de la enseñanza primaria, la cual será *gratuita, laica* y *obligatoria* (30). Toda industria es libre, no pudiendo estancarse sino el aguardiente, el salitre y la pólvora (31). Se garantiza el derecho de asociación, y *sólo se prohibe el establecimiento de congregaciones conventuales* y *toda especie de instituciones monásticas* (32). Son ciudadanos todos los salvadoreños mayores de veintiún años, los casados y *los que hayan obtenido algún título literario,* aunque no hubieren llegado á esta edad (43).

El Gobierno de la Nación salvadoreña es republicano, democrático, representativo y alternativo (art. 47). El Congreso funciona por derecho propio del 1.º al 15 de enero de cada año (49). Sus sesiones no pasarán de cuarenta (50). La Cámara de Diputados se renueva cada año; la de Senadores, por tercios cada año (54). Las dos Cámaras reunidas forman el Congreso ó Asamblea general, con atribuciones especiales (65). Entre éstas figura la elección de magistrados de la Corte de Casación y de las de Apelaciones (65, 5.ª). La Corte de Casación tiene iniciativa en la formación de las leyes (67).

El Presidente de la República dura cuatro años y es Comandante General del Ejército (arts. 76 y 78).

Es incompatible la calidad de magistrado y de juez de primera instancia con la de empleado de los otros Poderes (art. 115). El derecho de elegir es irrenunciable y su ejercicio es obligatorio (88). La base del sistema electoral es la población de los departamentos, distritos y cantones en que se divide la República (89). Ningún ministro de cualquier culto podrá obtener cargo de elección popular (93). Cada Municipalidad se compone de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

un alcalde, un síndico y dos ó mas regidores, según la población (97). Las Municipalidades pueden conmutar las penas impuestas por faltas (101). Es civil la policía de seguridad y depende de las autoridades locales (102).

El Poder Judicial se ejerce por la Corte de Casación, las Cortes de Apelaciones, los jueces de primera instancia de los departamentos, endonde también hay un jurado de calificación para toda clase de delitos que fueren de la competencia de aquellos, y jueces de paz, equivalentes á nuestros jueces de subdelegación y de distrito (tít. XIII).

Todo funcionario público, al posesionarse de su destino, protesta *bajo su palabra de honor* ser fiel á la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, ateniéndose á su texto, *cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes ó resoluciones que la contraríen* y promete además el exacto cumplimiento de sus deberes (art. 125). La reforma de la Constitución es hecha por una Asamblea Constituyente (133).

2. La Ley orgánica del Poder Judicial es de 28 de febrero de 1884. Notaremos, asimismo, ciertas particularidades.

Los jueces de primera instancia son nombrados por la Corte de Casación, menos el Juez General de Hacienda y los jueces militares, que lo son por el Ejecutivo (art. 7).

La Corte de Casación tiene facultad de nombrar á su secretario y demás dependientes de su oficina, á los Fiscales generales y á los Procuradores de pobres (artículo 17, 1.ª). Tendrá á su cargo un periódico denominado Semanario Judicial (22).

Es institución particular de esta Ley la de los *Médicos forenses*, que son dos facultativos nombrados por un año por el Ejecutivo para auxiliar la administración de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

justicia en todos los casos en que las leyes requieren el examen de peritos en medicina y cirugía (art. 203).

Otras curiosidades existen en esta Ley, como la escolta de los magistrados, que se compone de diez soldados, un cabo, un sargento y un oficial montado; y la de los jueces visitadores, de cinco soldados, un cabo y un sargento (art. 231); los trajes de ceremonia de los magistrados y jueces, que es pantalón, frac, chaleco y corbata negros y sombrero bolero en los actos solemnes y asistencias públicas, y levita ó frac en los demás actos, pero debiendo siempre *portar* (como dice la Ley) bastón con borlas de los colores del pabellón nacional (250 y sigts).

3. El Código Civil del Salvador, como dijimos en el núm. 6, tomo I, de esta REVISTA, fué promulgado el 23 de agosto de 1859, y es el mismo Código chileno, con muy ligeras modificaciones. La de más bulto consiste en la intercalación del estatuto del Registro Civil en el título *De las pruebas del estado civil.* Alteraciones de nota se han introducido últimamente en el libro III, como se habrá visto en la carta del señor Bonilla de nuestro número anterior.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

COMENTARIO DEL TÍTULO PRELIMINAR Y DEL Título Primero del Libro Primero del Código de Comercio.

(Continuación)

ARTÍCULO 2.º

EN LOS CASOS QUE NO ESTÉN ESPECIALMENTE RESUELTOS POR ESTE CÓDIGO, SE APLICARÁN LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL.

Al detallar las reglas diversas á que deben sujetarse los negocios mercantiles, no era necesario que el Código repitiese en su texto todas las disposiciones de la ley común que se considerare debían también regir en materia comercial, sin modificación de ninguna especie. Semejante repetición sólo habría conducido á consignar dos veces unos mismos preceptos, sin utilidad ni objeto, y á dar más extensión al Código, cuyas proporciones tienen quizás el inconveniente de ser ya demasiado vastas.

Como se dijo en el comentario del artículo anterior, el Código de Comercio es una ley de excepción, destinada á regir negocios de naturaleza especial. En cuanto estos negocios ofrecen una índole característica, y distinta de la de los asuntos civiles, no es extraño que exijan preceptos peculiares á ellos adecuados; pero, en cuanto tienen, como ordinariamente sucede, íntima analogía y estrechas relaciones con los referidos asuntos, sin dificultad alguna se concibe que puedan y deban aplicárseles las mismas reglas que á estos últimos. En

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

materia de contratos, de prescripción, ó de graduación de créditos, por ejemplo, no había para qué innovar siempre y en todo: no establecida nueva disposición en la ley especial, debía estarse á la del derecho común, y esto es lo que preceptúa la disposición del artículo que estudiamos.

No es raro, por otra parte, que la línea de separación entre la materia comercial y la civil sea tan poco perceptible, que no siempre permita distinguir claramente la una de la otra. Además, hay muchos actos que, por disposición de la ley, pueden ser á la vez civiles y comerciales, según sea el contratante con respecto al cual se les considere. Nada más natural, en consecuencia, que un mismo acto pueda ser reputado, por unos como civil, y por otros como comercial, y que no siempre sea fácil establecer con claridad y certidumbre cuál es en esta materia la opinión más fundada y legal.

En el Proyecto se estatuía: «En los casos no previstos por este Código y que no puedan ser decididos por analogía de sus disposiciones, se aplicarán las del Código Civil» (artículo 1.º). Al formar con este artículo el segundo del Código, el Legislador suprimió las palabras relativas á la aplicación de la ley comercial por analogía, é hizo regir el derecho común en los casos no especialmente resueltos por el Código de Comercio. Se fundó, sin duda, y con razón, en que ambos Códigos contenían los suficientes preceptos expresos para poder prever todos los casos, y decidir todas las controversias á que los actos y transacciones comerciales pudieran dar lugar, y en que la costumbre es también llamada á suplir el silencio de la ley. Seguramente quiso también evitar el peligro que lleva consigo la aplicación de la ley por analogía y la diversidad de interpretaciones á que dicha aplicación no podía dejar de prestarse.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Si siguiendo literalmente al Proyecto, se hubiera autorizado la aplicación del Código de Comercio por analogía siempre que no contuviera un precepto expreso, como no es posible fijar el límite hasta dónde alcanza una disposición aplicada de esta suerte, ya que las analogías pueden tener una extensión indefinida, habríase debilitado en gran manera la eficacia y conducencia de las disposiciones legales que se remiten á la ley civil y á la costumbre para llenar los vacíos de la ley comercial.

Esta regla del Proyecto adolecía además del inconveniente de ser vaga é incierta, defectos gravísimos en materia legal.

Por consecuencia, la innovación introducida en esta parte por el Legislador consulta, á nuestro juicio, una verdadera ventaja.

Como acaba de insinuarse, las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, siempre que cumplan ciertos requisitos (artículo 4.º); de manera que en los negocios de comercio se aplicará en primer lugar el Código especial que les ha sido destinado, en segundo lugar, y en el silencio de aquél, el Código Civil, y, en tercer lugar, y en defecto de ambos, regirán las costumbres mercantiles.

Aunque el artículo 2.º contiene una regla general aplicable á todos los casos en que guarde silencio el Código de Comercio, otros artículos han reproducido determinadamente la misma regla para ciertas materias. En este número se encuentran los artículos siguientes: el 96 referente á las obligaciones y contratos en general, el 822 que trata de la prescripción, y el 1520 sobre graduación de créditos. ¿Eran necesarias las disposiciones de estos artículos? Suprimidas del Código ¿se habrían aplicado, en los casos á que ellas se refieren, principios diversos de los que establecen? De ninguna manera, pues siendo general, como antes se ha dicho, la disposición

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

del artículo que estudiamos, ella debe servir de norma en todos los casos no previstos especialmente por el Código.

Puede también notarse que el Legislador, sin hacer referencia expresa á la ley civil, suele á veces reproducirla. No importa este procedimiento, como á primera vista pudiera creerse, una vana é inútil repetición; por el contrario, él ha obedecido á un plan metódico y armónico, que se imponía por la necesidad de relacionar unas disposiciones con otras para conseguir en el conjunto más completa claridad, lo que debe considerarse como un bien positivo en la legislación.

ARTÍCULO 3.º

SON ACTOS DE COMERCIO, YA DE PARTE DE AMBOS CONTRATANTES, YA DE PARTE DE UNO DE ELLOS:

1.º LA COMPRA Y PERMUTA DE COSAS MUEBLES, HECHA CON ÁNIMO DE VENDERLAS, PERMUTARLAS Ó ARRENDARLAS EN LA MISMA FORMA Ó EN OTRA DISTINTA, Y LA VENTA, PERMUTA Ó ARRENDAMIENTO DE ESTAS MISMAS COSAS.

SIN EMBARGO, NO SON ACTOS DE COMERCIO LA COMPRA Ó PERMUTA DE OBJETOS DESTINADOS Á COMPLEMENTAR ACCESORIAMENTE LAS OPERACIONES PRINCIPALES DE UNA INDUSTRIA NO COMERCIAL.

2.º LA COMPRA DE UN ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.

3.º EL ARRENDAMIENTO DE COSAS MUEBLES HECHO CON ÁNIMO DE SUB-ARRENDARLAS.

4.º LA COMISIÓN Ó MANDATO COMERCIAL.

5.º LAS EMPRESAS DE FÁBRICAS, MANUFACTURAS, ALMACENES, TIENDAS, BAZARES, FONDAS, CAFÉES Y OTROS ESTABLECIMIENTOS SEMEJANTES.

6.º LAS EMPRESAS DE TRANSPORTE POR TIERRA, RÍOS Ó CANALES NAVEGABLES.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

7.º Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones ó suministros, las agencias de negocios y los martillos.

8.º Las empresas de espectáculos públicos, sin perjuicio de las medidas de policía que corresponda tomar á la autoridad administrativa.

9.º Las empresas de seguros terrestres á prima, inclusas aquellas que aseguran mercaderías transportadas por canales ó ríos.

10.º El giro de letras de cambio ó libranzas entre toda clase de personas, y las remesas de dinero de una plaza á otra, hechas en virtud de un contrato de cambio.

11.º Las operaciones de banco, las de cambio y corretaje.

12.º Las operaciones de bolsa.

13.º Las empresas de construcción, carena, compra y venta de naves, sus aparejos y vituallas.

14.º Las asociaciones de armadores.

15.º Las expediciones, transportes, depósitos y consignaciones marítimas.

16.º Los fletamentos, préstamos á la gruesa, seguros y demás contratos concernientes al comercio marítimo.

17.º Los hechos que producen obligaciones en los casos de averías, naufragios y salvamentos.

18.º Las convenciones relativas á los salarios del sobrecargo, capitán, oficiales y tripulación.

19.º Los contratos de los corredores marítimos, pilotos lemanes y gente de mar para el servicio de las naves.

Comenzar por establecer el alcance y extensión de las leyes mercantiles,—como lo han pretendido los artí-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

culos 1.º y 2.º,—para determinar en seguida cuáles son los hechos y estipulaciones que deben reputarse sujetos á dichas leyes, como lo hace el presente artículo, es seguir, sin duda alguna, un plan que está de acuerdo con los principios de la lógica, y que debe considerarse bien concebido. Acabamos de ver, sin embargo, al examinar el artículo 1.º, que en la aplicación de la primera parte de este plan, se ha tropezado con inconvenientes que no fué posible salvar con éxito á consecuencia de la dificultad de poder sintetizar la índole peculiar á la ley mercantil.

En la enumeración de este artículo, el Legislador ha tomado por modelo al Código de Comercio Francés, que puede estimarse como la fuente principal del derecho comercial moderno, y que, en sus artículos 631 á 639, clasifica los actos de comercio y fija la competencia de los tribunales mercantiles. Pero junto con inspirarse en esa fuente, ha cuidado de introducir algunas innovaciones importantes, aunque no tal vez todas las que hubieran sido necesarias.

No es tan considerable, como á primera vista pudiera creerse, la importancia del artículo que vamos á estudiar. Proponiéndose enumerar los actos mercantiles, él no es en realidad otra cosa que un resumen compendioso de las materias que este cuerpo de leyes organiza y reglamenta.

Dado tal antecedente, se concibe que debe existir la más absoluta conformidad entre las disposiciones de este artículo y las disposiciones ulteriores del Código, conformidad que no siempre ha alcanzado nuestro Legislador. Para evitar, sin duda, los inconvenientes que de aquí pueden originarse, algunos Códigos han prescindido de la enumeración de los actos de comercio, como se nota, por ejemplo, en los Códigos Español y Peruano, los cua-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

les, por lo demás, se han inspirado principalmente, como el nuestro, en el Código Francés, sin que la exclusión de un precepto análogo al del artículo 3.º constituya en ellos insanable defecto.

Parece fuera de duda que ya que en las disposiciones del Código debía verse después extensamente lo que el Legislador estima acto de comercio, no era de rigorosa é imprescindible necesidad destinar á este fin un precepto especial y determinado con el objeto de que compendiase la misma disposición: procedimiento que puede incurrir en el defecto que acabamos de indicar, y de que no está libre el artículo 3.º, el cual, como se expresará más adelante, por una parte, omite en su texto materias comerciales de que el Código se ocupa, y por otra, menciona ciertas materias, que se sabe, en virtud del artículo 3.º, que son actos de comercio, pero respecto de las cuales ha guardado después el Legislador completo silencio.

Con todo, á pesar de este peligro,—que no habría sido, por otra parte, difícil evitar,—y de que no se divise la necesidad de hacer la enumeración contenida en este artículo, creemos que ella es útil, y puede constituir en ocasiones, y en otro punto de vista, una positiva ventaja. La jurisdicción comercial es materia muy delicada, por lo que respecta á su alcance y á sus límites, y ocasionada de ordinario á dudas y controversias.

Por consiguiente, todo lo que tienda á precisarla, á fijar con claridad el punto desde donde comienza, y el límite que no debe traspasar, puede servir para evitar litigios ó dar una norma cierta para definirlos. El artículo 3.º ofrece, bajo este aspecto, una doble ventaja, y ella es, á nuestro juicio, suficiente para justificar su existencia, y hacer desaparecer los ligeros defectos que hemos señalado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Son actos de comercio, *ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos, etc.*" dice el párrafo primero del artículo, indicando así, antes que toda otra regla, el hecho de la doble naturaleza de los actos mercantiles, en todo conforme á la realidad de las cosas. Que un contrato sea mercantil para las dos partes que han intervenido en él, será el hecho corriente y ordinario; lo natural es que al ejecutar un acto de comercio, ambas especulen. Al mismo tiempo se concibe también sin esfuerzo que un contrato sea mercantil en lo que concierne á uno solo de los contratantes, y que el otro haya ejecutado por su parte y á la vez un acto civil. Contratos en que concurre este doble carácter se nos presentan á cada paso: en todas las compra-ventas al menudeo, por medio de las cuales el comprador adquiere día á día los efectos que son indispensables para su alimentación y vestido, existe una convención que es mercantil para el que espende las especies, quien especula, busca una ganancia por medio de la enajenación; y que es civil para el comprador, quien adquiere las especies con el exclusivo objeto de satisfacer una necesidad, y de consumir lo adquirido.

El Legislador encontró este hecho ordinario y frecuente, y muchos otros análogos, en que la índole comercial va unida en un mismo contrato á una operación exclusivamente civil, y se apresuró á tomarlo en cuenta, haciendo la distinción contenida en el párrafo transcrito, que es en el Código una novedad respecto de la legislación, no de la jurisprudencia francesa, y novedad fundada en la base más inconmovible que puede tener la ley, cual es, la que consiste en la realidad y frecuencia de los hechos que le han dado origen.

De la regla establecida en el párrafo citado se desprende una consecuencia singular, y es que, en contratos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en que exista el doble carácter de comercial y civil, cabe la aplicación del derecho común y de la ley de comercio, según sea el contratante que se considere para los efectos de esa aplicación, porque es evidente que el que haya ejecutado un acto civil estará en su derecho perfecto para resistir la aplicación del Código de Comercio, y reclamar que se le juzgue con arreglo á la ley común, así como el que haya comerciado queda sujeto al imperio de aquel Código; y, como en el fondo de los preceptos que rigen los contratos, y en los trámites de los procedimientos necesarios para hacerlos efectivos, hay frecuentemente diferencias sustanciales, ya sea el acto regido por la ley civil ó ya por la ley comercial, la vigencia simultánea de una y otra ley produce una situación jurídica que no tiene poco de anómalo, y que puede desequilibrar la condición de los contratantes. Así, por ejemplo, y para no citar sino algunos casos, comercialmente no se otorga la acción rescisoria por lesión enorme, y la misma acción se concede, según el derecho común, tratándose de la enajenación de inmuebles; la sociedad colectiva mercantil debe constar de escritura pública, inscrita en un registro y publicada en periódicos, so pena de nulidad absoluta entre los socios, requisitos que no son exigidos para la constitución de la sociedad civil colectiva; la fianza comercial debe otorgarse por escrito, y sin esta circunstancia será de ningún valor ni efecto, condición que no requiere la fianza civil; en los concursos civiles no se exige el trámite de la calificación del concurso, trámite que es indispensable en las quiebras comerciales.

Esta desigualdad en la apreciación de un mismo contrato, y en los trámites de procedimiento aplicado á situaciones análogas, y las consecuencias poco lógicas que de ella pueden derivarse, aconsejan, sin duda, que di-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

chos trámites debían ser siempre unos mismos, y unos mismos los preceptos que rigiesen á la convención respecto de ambos contratantes. Mas la aplicación estricta y rigorosa de este principio podría llevarnos al extremo de sostener la conveniencia de la supresión de todo el Código de Comercio, lo que es aún más inaceptable que las desigualdades que resulten de considerar á un solo contrato en dos aspectos diferentes, por un lado civil, y por el otro comercial. La necesidad del Código de Comercio no puede ser desconocida ni discutida un solo instante: mientras el comercio sea lo que es, mientras consista en costumbres prácticas y operaciones de un carácter especial, y frecuentemente diversas de los actos que constituyen los negocios comunes, con los cuales están, no obstante, en íntimo y diario contacto, habrá que reconocer la necesidad de la existencia de un cuerpo de leyes adecuado á la naturaleza especial de los actos mercantiles.

Lo que sobremanera importa, para no crearse á cada paso dificultades, es no buscar el doble carácter en todos los contratos comerciales, á lo que es generalmente muy inclinada la jurisprudencia francesa. Aunque los términos generales con que está redactado el inciso primero del artículo 3.º se presten á una interpretación muy amplia en este sentido, en buena lógica no debe atribuirse doble carácter sino á aquellos contratos en que la índole civil y la comercial estén perfecta y claramente deslindadas. De otro modo, el contrato será civil ó comercial en todas sus partes. El Legislador no ha podido prescindir de establecer esta distinción, que procede de la naturaleza de las cosas y que, por lo tanto, se imponía en el Código; pero no ha entrado sin duda en su propósito hacerla general, aplicable á todos los contratos, sin exponerse á constituir un embarazo gravísimo en las transacciones

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

del comercio. Por esta razón, y no obstante los términos generales del precepto, las operaciones concernientes al comercio marítimo, entre otras, son siempre mercantiles para ambos contratantes, aunque muchas veces uno de ellos no se proponga efectivamente realizar una especulación de comercio, ni persiga la consecución de un lucro.

Sancionado por la ley, y establecido en los hechos que un contrato puede ser á la vez civil y comercial, como el de compra-venta de objetos para el consumo, que hemos mencionado, ó como el de compra-venta de materiales destinados á la construcción de un edificio, en el caso de desacuerdo acerca de su inteligencia ó cumplimiento debe reglar la competencia de jurisdicción la calidad del contratante demandado. Así, demandado el comprador que, en los casos propuestos, va á consumir los objetos adquiridos ó á emplearlos en la construcción de un edificio, el conocimiento y la resolución de la dificultad corresponderán al juez civil: demandado el vendedor, que ha especulado en la venta, regirá la jurisdicción comercial. Es natural y justo que prevalezca aquella ley á que está sometido el contratante que se hace comparecer ante la justicia, y contra quien se reclama la aplicación de los principios legales que rijan el contrato. Debemos reconocer que esta solución no se halla establecida en el estatuto especial que determina la competencia de jurisdicción, ni se desprende tampoco de una manera inequívoca de los preceptos del Código de Comercio; pero es lógica, y conforme al espíritu de la ley, que tiene establecido, como regla general, que es juez competente el del domicilio del demandado (1). Se atiende, pues, á un hecho de éste para constituirlo en fundamento del principio jurisdiccional, y parece buena inter-

(1) Ley de 15 de octubre de 1875, art. 212.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pretación la que toma en cuenta la calidad de contratante del mismo para reconocer, según los casos, la jurisdicción civil ó la comercial.

Las precedentes apreciaciones ponen al propio tiempo en evidencia que, tratándose de cuestiones originadas por contratos de doble carácter, ninguno de los jueces que ejerzan jurisdicción civil ó comercial es manifiestamente incompetente, única incompetencia que induce la nulidad de procedimiento (1). Derivada ante cualquiera de ellos una acción resultante de esa clase de contratos, creemos que no es procedente declarar la incompetencia de oficio, ya que el juez elegido, sea el civil ó el de comercio, será siempre juez hábil, puesto que la cuestión es susceptible de ser considerada en un aspecto en que no puede ponerse en duda su competencia.

Empero, este mismo resultado revela cuánto hay de raro y de irregular en la situación creada por esta clase de contratos á las partes que los hayan estipulado, y cuánto puede haber de precario en el resguardo y defensa de sus derechos respectivos, puesto que no les será posible saber, sino después de interpuesta la reclamación judicial, cuál será la regla que debe servir para dar solución á las controversias que se promuevan. Semejante situación no puede ser más incierta, y necesariamente es inevitable, dado el antecedente, consagrado con razón por el Código, de haber estipulaciones que pueden participar á la vez del carácter civil y del comercial. Para evitar las consecuencias verdaderamente anormales que de aquí pueden originarse, habría convenido, sin duda, que la ley, al mismo tiempo que reconocía que un acto puede ser mercantil respecto de uno de los contratantes, y civil respecto del otro, hubiera mandado que fuese re-

(1) Ley de 1.° de marzo de 1837, número 1.° del art. 2.°

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

gido siempre por unos mismos principios, y estuviese sujeto á una sola jurisdicción, por ejemplo, regido por la ley y sujeto á la jurisdicción de comercio, llamadas á prevalecer por su condición especial. En el rigor de los principios esta solución no sería inatacable, en cuanto establece que un contrato en parte civil debe ser sólo regido por la ley comercial; pero, tratándose de salvar de dos escollos, nos inclinamos á pensar que ella sería la más conveniente, porque quitaría á la malicia las ocasiones de determinar la jurisdicción por el hecho accidental é incierto de la demanda judicial.

Esta idea no es nueva ni está sustentada únicamente en este comentario. Examinando las legislaciones mercantiles, puede verse que ha sido ya sancionada por algunas de ellas. La ley de 17 de diciembre de 1862, dictada en el imperio de Austria, con el objeto de hacer regir en los Estados de su dependencia el Código de Comercio aprobado por la Dieta Germánica, contiene, en su artículo 38, una disposición concebida en estos términos: «son del resorte de los tribunales de comercio: 1.º las demandas que se deriven de los actos de comercio enumerados en el artículo 271 del Código, sin distinción de la calidad personal de las partes litigantes, siempre que la acción *constituya para el demandado* un acto de comercio, etc.» Como se ve, esta ley sólo toma en consideración, para fijar la competencia de los tribunales de comercio, la calidad del demandado. El artículo 271 que se cita es el del Código Alemán que hace, como el 3.º del nuestro, la especificación de los actos mercantiles.

En la legislación comercial de Baviera se encuentra una regla parecida. Una ley de 12 de Noviembre de 1861 incorporó á ese reino el Código general Alemán, y dispuso en su artículo 64: «los tribunales de comercio no conocen de las acciones intentadas en razón de los actos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que se han expresado en el artículo 63, párrafo 1.º (que reproduce los artículos 271 á 277 del Código) contra individuos no comerciantes, sino cuando el objeto de la demanda *ha constituído para el demandado* una operación de comercio» etc.

En su fondo estos dos preceptos sancionan una misma regla: aplican la jurisdicción comercial siempre que el demandado haya ejecutado un acto de comercio sin atender á que sea ó no comerciante, y pudiendo no serlo con tal que en este segundo caso se trate de una operación mercantil aislada.

Esta es también la regla que deseamos se hubiera establecido en el Código de Comercio Chileno, sin que pueda objetarse que, constituyendo un principio de procedimiento, no debe figurar en la ley sustantiva. El Código contiene numerosos preceptos de procedimiento, como puede verse especialmente en el libro 4.º, que trata de las quiebras. En el mismo Código Civil se observa en más de una ocasión el mismo hecho; y ello no debe parecer extraño: no siempre es posible separar la regla de procedimiento del principio de derecho á que debe aplicarse. Las leyes que acaban de mencionarse no son tampoco leyes de procedimiento, y no se ha vacilado en comprender en ellas la regla sobre que hemos venido discurriendo. No puede ser, pues, un obstáculo á la reforma que anhelamos la consideración expresada, mucho más cuando la innovación que sostenemos consulta una verdadera ventaja. Entre la rigidez de un principio y la utilidad general, no cabe vacilación posible para el Legislador: esta última debe ser su norma.

José Alfonso.

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ALCANCE DEL ART. 998 DEL CÓDIGO CIVIL

Por encerrar este artículo puntos más ó menos complejos que directamente se rozan con el derecho internacional privado, nos proponemos hacer de él un breve estudio, ya que el cosmopolitismo á que tiende la civilización moderna hará surgir conflictos entre nuestra legislación y las de otros países, con motivo de las relaciones comerciales é industriales y meramente civiles, que el mayor contacto entre individuos de diversas nacionalidades va estableciendo, y cuyos conflictos, en cuanto á la sucesión por causa de muerte, son, en parte, previstos por la disposición legal que nos ocupa.

Ese artículo dispone: «En la sucesión abintestato de un extranjero que fallezca dentro ó fuera del territorio de la República, tendrán los chilenos, á título de herencia, de porción conyugal ó de alimentos, los mismos derechos que, según las leyes chilenas, les corresponderían sobre la sucesión intestada de un chileno.

«Los chilenos interesados podrán pedir que se les adjudique en los bienes del extranjero existentes en Chile todo lo que les corresponda en la sucesión del extranjero.

«Esto mismo se aplicará en caso necesario á la sucesión de un chileno que deja bienes en país extranjero.»

El primer inciso de este artículo, al hablar de la sucesión de un extranjero que fallezca dentro ó fuera del territorio de la República, se refiere irremisiblemente á las sucesiones de extranjeros abiertas en país extranjero, desde que el artículo 997 establece que los extranjeros son llamados á las sucesiones abintestato abiertas en Chile de la misma manera y según las mismas reglas que los chilenos, y el art. 955 dispone que la sucesión

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de una persona se abre al momento de su muerte, en su último domicilio.

Según principio de jurisprudencia civil é internacional, la ley del lugar rige el acto—*lex loci regit actum*— el que aparece también sancionado en el segundo inciso del citado art. 955. Mas este principio experimenta una modificación sustancial conforme al art. 998 que comentamos, á favor de los chilenos.

No nos detendremos á considerar la razón filosófica ó de conveniencia que haya tenido en mira el Legislador para alterar la regla general en la disposición que nos ocupa; pero sí, persiguiendo nuestro propósito, examinaremos algunos casos de aplicación práctica que bajo su imperio pueden acontecer.

Fallece mañana, por ejemplo, en París, un francés, intestado, cuyo domicilio era también el de este lugar, y deja dos hijos legítimos nacidos en Francia y habidos en un matrimonio con chilena, á la vez que un hijo natural reconocido. Asimismo deja bienes en Francia y en Chile.

Conforme á nuestra Constitución Política, los hijos legítimos habidos en el matrimonio que suponemos serían chilenos en virtud del solo hecho de avecindarse en Chile por ser chilena su madre, y podrían pedir, llenando este requisito, que, á título de herencia, se les aplicara todos los bienes dejados en Chile por su padre, excluyendo de todo derecho á su hermano natural, desde que, conforme á nuestro Código, la descendencia legítima excluye de la herencia á los hijos naturales. Mientras tanto, según el artículo 757 del Código Civil Francés, concurren en la sucesión intestada los hijos legítimos con los hijos naturales reconocidos, y estos últimos tienen derecho á una tercera parte de la porción hereditaria de un hijo legítimo.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Pero no sólo hasta el monto de los bienes existentes en Chile llega el privilegio estatuído por el art. 998 de nuestro Código Civil, á favor de los chilenos, sino que avanza aún á invadir los bienes existentes en el extranjero. Así, en el caso que nos proponemos, podrían los dos hijos legítimos pedir á nuestros Tribunales la adjudicación de los bienes dejados por su padre en Francia, con prescindencia de su hermano natural, conforme con lo dispuesto en los dos últimos incisos de dicho artículo. Esto podría ser resuelto en Chile; pero sería materia que en Francia no se cumpliría, por llevar consigo la invasión del dominio que en razón de su soberanía, corresponde á este país.

Otro ejemplo: un francés se casa en Chile, conforme á nuestras leyes, con una chilena, y en ese matrimonio tiene varios hijos. Después de algunos años regresa á Francia con su familia, llevándose á este país todos los valores que posee, y fallece intestado después de un año de haber pisado el suelo natal. Supongamos todavía que en ese matrimonio no se hayan llenado los requisitos de las publicaciones é inscripciones determinadas en los artículos 170 y 171 del Código Civil Francés.

Dadas estas circunstancias, el matrimonio que suponemos sería válido en Chile y nulo en Francia: la consorte sobreviviente habría sido concubina en Francia y casada en Chile; y los hijos serían legítimos en Chile y meramente ilegítimos en Francia, ó á lo sumo naturales.

La viuda y los hijos, en el caso que nos proponemos, podrían exigir en Chile la totalidad de los bienes del difunto marido y padre, á título de porción conyugal y de herencia; y existiendo éstos en Francia, nuestros Tribunales, según el último inciso del art. 998 que comentamos, podrían imputarles á su favor el valor de esos bienes. Mientras tanto, esa sentencia no sería ni

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

podría ser obedecida en Francia; y en este país se haría la distribución de los bienes de la sucesión supuesta entre otros parientes del difunto y los hijos habidos en su matrimonio que celebró en Chile, si en virtud de los actos ejecutados por su padre pudieran alegar el carácter de hijos naturales, quedando completamente excluídos de la herencia en caso contrario.

Se podrían repetir muchos ejemplos más de conflictos que pueden ocurrir entre nuestra legislación y la de otros países, con motivo de la disposición contenida en el artículo 998 del Código Civil que nos ocupa, y que omitimos en obsequio á la brevedad.

Pero sí nos permitiremos tomar de un tratado de legislación comparada que tenemos á la vista un aparte que manifiesta los diversos derechos que se le reconocen en los distintos países europeos y en Estados Unidos á los hijos naturales, en las sucesiones de sus padres, con el objeto de manifestar que sólo por esa circunstancia puede el art. 998 del Código Civil ofrecer conflictos y dificultades insalvables en muchos casos. Dice ese aparte: "El Código Austriaco en su art. 754, concede á los hijos naturales derechos en la sucesión de la madre, equiparándolos en este caso con los hijos legítimos: están excluídos en absoluto de la herencia paterna. El mismo principio contienen los Códigos de Prusia y Baviera, aunque el primero concede en su art. 657 al hijo ilegítimo una sexta parte en la herencia del padre, si éste no hubiera dejado descendientes legítimos. En el cantón suizo de Appenzel, los hijos naturales tienen derecho en la herencia de sus padres en una mitad menos que los legítimos, y pueden figurar en las líneas ascendente y colateral. El Código de Berna les niega todo derecho á la sucesión, y el de Friburgo únicamente les concede en la herencia materna, una mitad menos que la percibida

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

por los hijos habidos en matrimonio. En los Códigos de los cantones de Lucerna, Soleure y Saint-Gall, no tienen los hijos naturales derecho á la herencia del padre, pero figuran en la de la madre como si fueran hijos legítimos. El Código Ruso no concede derecho alguno hereditario á los hijos naturales en los bienes de sus padres; pero por concesión especial del emperador, pueden ser llamados á suceder. El Código Holandés acepta en su art. 919, el segundo párrafo del art. 756 del Código Napoleón. Las leyes inglesas, no conceden derecho alguno á los hijos ilegítimos en los bienes *reales* y *personales* de sus padres naturales, muertos ab-intestato, á no ser que hayan sido legitimados por decisión del Parlamento, en cuyo caso sus derechos se determinarán y tendrán su origen, más bien que en las disposiciones generales de la ley sobre sucesiones, en la forma y fondo del acta en que se haya acordado la legitimación. En los Estados Unidos, la regla general, conforme con el Derecho inglés, no concede á los hijos naturales participación alguna en la herencia de sus padres. Sin embargo, en los Estados de Virginia, Carolina del Norte, Kentucky, Ohio, Alabama, Tennessee, Indiana, Missouri, Georgía y Connecticut los hijos naturales tienen derecho, como si fueran legítimos, á la herencia materna. En el estado de Maine, participan no sólo de la sucesión de la madre, sino también de la del padre que los haya reconocido. En el estado de Illinois, el acta de 9 de abril de 1872, en su art. 2.º, aunque no concede derecho alguno á los hijos naturales en la sucesión paterna, los llama á heredar á la madre, á sus abuelos paternos y á todas las personas á cuyas herencias respectivas hubiese tenido derecho la primera.»

El Código Italiano concede á los hijos naturales, concurriendo con hijos legítimos en la sucesión de sus padres,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la mitad de lo que les correspondería si hubieran sido legítimos; y el Código del Portugal, en el mismo caso, una tercera parte menos.

Se ve, pues, que puede haber muchos casos en que no se pueda cumplir lo estatuído por el art. 998 de nuestro Código Civil; y que en cuanto á bienes existentes en país extranjero hay la valla insalvable, para su aplicación, del régimen legal que impere en las otras naciones, efecto necesario del derecho de soberanía que les asiste.

Creemos, sin embargo, que las variantes que hoy existen en el derecho civil positivo de las naciones civilizadas irán desapareciendo gradualmente á medida que el progreso de la ciencia jurídica y las relaciones comerciales é industriales de los países lo vayan exigiendo; y entonces ni el estatuto personal á que un individuo está obligado por su nacionalidad, ni el estatuto real, que se relaciona con la ubicación de los bienes, presentarán los inconvenientes que hemos analizado al amparo de la disposición contenida en el art. 998 del Código Civil de Chile.

CARLOS RIVERA JOFRÉ

¿ESTÁN OBLIGADOS LOS CURADORES DE MENORES á absolver posiciones en los juicios en que éstos tuvieren parte? ¿Qué efectos pueden producir las confesiones judiciales de tales curadores respecto de los derechos reales de sus pupilos, cuando no haya otra prueba en autos?

(ABSOLUCIÓN DE UNA CONSULTA)

I

Parece que á primera vista fuera muy fácil resolver

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

estas cuestiones; pero no sucede así cuando se piensa un poco en ellas y se estudia el origen y fin de la institución de los curadores.

La primera cuestión no es tan difícil de resolver.

Desde el momento en que el curador representa al menor y litiga en su nombre como parte, es indudable que se le puede obligar á absolver posiciones, sobre hechos propios de la curatela y de los cuales se suponga que tenga conocimiento por razón de su cargo.

Si el procurador y el abogado pueden ser compelidos á declarar en causas que ellos patrocinen, sin que les sea lícito revelar los hechos de la defensa ¿con cuánta mayor razón no podría obligarse al curador á declarar sobre hechos propios de su cargo?

No porque haya derecho de interrogar al pupilo, cuando ya es púber y tiene discernimiento, y á compelerle á que declare en causa civil, asociado en ese acto de su curador, desaparece la obligación de éste para prestar esa confesión, que es uno de los medios de prueba que determina el Código Civil.

De lo expuesto se deduce claramente que no puede caber duda respecto al derecho que existe para que un curador, litigando en nombre de su pupilo, absuelva posiciones en los pleitos que agite en el carácter indicado. Su rebeldía le parará el perjuicio que el juez indique en el respectivo decreto, como á cualquiera otro litigante que en igual caso desobedeciera las órdenes del juzgado en esta materia.

II

De aquí surge otra cuestión, que, aunque incidental, no carece de importancia, y es la relativa á averiguar si el curador que falta á la verdad en ese juramento, come-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

te el delito de perjurio y si por ello podría ser procesado y castigado.

La regla general es que en causa propia no hay perjurio y que si se falta á la verdad, sólo Dios puede imponerle pena por ello cuando le juzgue. Pero el curador no defiende causa propia, es sólo un representante del menor, y, por lo tanto, podría creerse que si perjura se encuentra colocado en igual condición que la del que falta á la verdad bajo de juramento. Sin embargo, sostenemos todo lo contrario, y establecemos que el curador, defendiendo á su pupilo por el hecho de ser parte en el pleito y tener obligación de defender al menor, no perjura si falta á la verdad en juicio. No es, pues, testigo ni tercero, sino parte directa y está colocado en lugar de la persona del menor, y si para éste existe una excepción, ella aprovecha al que hace sus veces.

No obstante, el curador honrado está en el deber de decir la verdad en los actos de la curatela y en los cuales él haya intervenido por razón de ese cargo.

III

Ahora ¿qué valor tendría la confesión del curador no habiendo otra clase de prueba para librar el pleito?

Muchos creen que esa confesión, si es perjudicial al menor, no basta para condenarle en juicio y que se necesitan otros antecedentes.

En esta materia ya la cuestión varía de aspecto y no se puede sentar una regla fija, como sería de desear.

El juez llamado á librar un fallo en estas circunstancias tan especiales, tendría que tomar en cuenta muchos antecedentes.

Si se tratase de cobrar al pupilo un documento que se supone firmado por su padre, sin que haya testigos,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y cuya firma hubiere sólo reconocido el curador, sin existir otros antecedentes que hagan verosímil la deuda, decretaría de oficio un reconocimiento de firma. Atendería á la respetabilidad del curador, á su responsabilidad actual y á la de su fiador; porque bien podría ese curador haberse puesto de acuerdo con ese acreedor falso para despojar al menor y partirse del resultado del cobro.

Decimos esto porque si el curador es honorable, solvente y su fiador abonado, la confesión del curador tendría fuerza; puesto que ese pupilo saliendo de la menor edad, podría hacer cargos al ex-curador por el perjuicio recibido; probar la falsedad de la deuda ó su origen, ó bien repetir por lo pagado, entablando las acciones correspondientes.

Sin embargo, los jueces, cuando no encuentran prueba completa que establezca los hechos, y se trata de una parte no despreciable del haber del pupilo y el curador les es sospechoso, no deben librar el pleito con una confesión de esa naturaleza. Aquello de la responsabilidad futura del curador, no debe autorizar una condenación sin base legal, puesto que todos sabemos cuán difícil es llegar más tarde á hacer efectiva esa responsabilidad y cómo puede burlarla un curador poco delicado. Por último ¿á qué dejar á un menor las contingencias y los gastos de un litigio?

En materia criminal, y sobre hechos propios de un pupilo, se puede obligar á un curador á que declare; pero no habiendo otra prueba, negando el menor el delito, la declaración del curador no le podría convencer. Sería sólo un testigo y bien podría el curador tener interés en la condenación del pupilo, y, en tal caso, aceptar como prueba su dicho, sería peligroso. La ley aquí no lo considera su representante y por eso esa deposición no es

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

confesión sino declaración, tachable si el pupilo prueba que su curador tiene interés en su condenación.

En general, podemos establecer que no se puede resolver de un modo doctrinal la segunda cuestión propuesta, porque las circunstancias modifican el convencimiento y hacen variable el criterio judicial; y establecer en lo absoluto que la confesión judicial del curador, cuando recae en derechos reales del pupilo, bastase para librar un fallo condenatorio, no existiendo otra clase de pruebas que ilustren la cuestión, sería peligroso.

La ley resguarda siempre los intereses de los menores y por eso tienen éstos representantes que examinen los actos de sus guardadores, y deber de ellos es defenderlos cuando el curador olvida esta obligación ó se conoce que obra en contra de tan sagrados intereses.

Ahora, si se trata de disputar la herencia del menor ó atacar su estado civil con igual objeto, la confesión del curador, sin existir otra clase de prueba, no bastaría en ningún caso para condenarle, por más que el tal guardador aceptase los hechos en que tales acciones se fundaran.

Mucho menos tendría valor una confesión perjudicial á un menor, si se tratase de reivindicar sus bienes, fundándose la demanda en títulos que no estén revestidos de todas las formalidades que exigen las leyes.

La prescripción alegada, y sólo confesada por el curador, no bastaría tampoco para despojar al pupilo de sus derechos.

Sería difícil colocarnos en todos los casos; y por eso estas ligeras consideraciones ilustrarán la materia, cuando se presente un caso de esta naturaleza.

ROBUSTIANO VERA.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

¿ES DEBER DE LOS PROMOTORES FISCALES Y procuradores del número asistir á las visitas semanales de cárcel?

En el último número de esta REVISTA se ha publicado un artículo bajo el título: "¿Es deber de los procuradores del número asistir á las visitas semanales de cárcel?"

En ese artículo se dice que la Corte de Apelaciones de Iquique ha resuelto, con fecha 26 de julio de este año, y después de oír la opinión de su Fiscal, que los procuradores del número tienen obligación de concurrir, en la forma legal establecida, á las visitas semanales de cárcel.

En el artículo se hace un estracto del dictamen del Fiscal, y por él se ve que la Corte Suprema ha sostenido invariablemente que, aún después de dictada la Ley de 15 de octubre de 1875, están vigentes las disposiciones anteriores á esa ley que establecieron la obligación que tienen los procuradores del número de asistir á las visitas de cárcel.

Sin ánimo de entrar á dilucidar la cuestión, queremos únicamente hacer ver que la opinión de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones de Iquique, no es la seguida por otro alto tribunal, la Corte de Apelaciones de La Serena, que, en un caso concreto, ha resuelto que los promotores fiscales no están obligados á asistir á las visitas semanales de cárcel, después de la vigencia de la Ley de 15 de octubre de 1875, y, por consiguiente, el asunto no es de tan fácil resolución como podría creerse á primera vista.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Es verdad que la Corte de Apelaciones de La Serena ha pronunciado la resolución á que nos estamos refiriendo, solamente respecto de los promotores fiscales, pero es indudable que para los efectos de la asistencia á las visitas de cárcel, los promotores se encuentran en una condición análoga á los procuradores del número, desde que unos y otros son funcionarios que, por su oficio, tienen que dar razón del estado de las causas, y á todos éstos se refiere el art. 145 del Reglamento de Administración de Justicia. Por eso es que en el epígrafe de este artículo hemos comprendido, no solamente á los procuradores del número, sino también á los promotores fiscales, desde que lo que se diga de los unos debe decirse de los otros.

El señor don Cosme Hernández, regidor de la municipalidad de Freirina, y que desempeñaba el juzgado de letras de ese departamento, por ausencia del juez propietario, ordenó se hiciera saber al promotor fiscal que incurriría en una multa de cinco pesos á beneficio municipal cada vez que no concurriese á las visitas de cárcel y no justificase su inasistencia. El promotor presentó una solicitud pidiendo reconsideración de la medida que contra él se había tomado, y después de alguna tramitación, el juez de letras no dió lugar á la reconsideración.

El promotor entabló entonces el recurso de apelación, y la Corte, después de declarar que el juez de primera instancia procedió con manifiesta incompetencia al apercibir al promotor fiscal, pues sólo tenía facultad para dar cuenta á la Corte de lo sucedido, con el objeto de que ésta tomara las medidas que creyera convenientes, suspendió los efectos del apercibimiento decretado, y en seguida, entrando á resolver si el promotor fiscal había incurrido en alguna falta, dijo:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

«Teniendo presente:

«Que los funcionarios del orden judicial no tienen otras atribuciones y deberes que los que les señalan la Ley de 15 de octubre de 1875 y las que la han modificado, la cual ley ha derogado por su artículo final las leyes preexistentes sobre todas las materias que en ella se tratan, aun en la parte en que no le fueren contrarias, con sólo ciertas excepciones en que no está comprendido el caso actual;

«Que dicha Ley, al establecer los deberes de los promotores fiscales, no les impone el de concurrir á la visita que el juez de letras en lo criminal debe hacer el sábado de cada semana, según el art. 50, á los lugares en que los procesados estuvieren detenidos; quedando de este modo derogados los arts. 144 y 145 del Reglamento de Administración de Justicia y los supremos decretos de 14 de octubre de 1837 y 24 de octubre de 1849;

«Con arreglo á estas consideraciones, se declara: que no hay mérito para dictar providencia alguna con respecto al promotor fiscal de Freirina, don Manuel José Velis, por el hecho de no asistir este funcionario á las visitas de cárcel.»

La resolución que acabamos de copiar, y que se encuentra publicada en el número 2,044 de la GACETA DE LOS TRIBUNALES, correspondiente al 7 de abril de 1883 (sentencia número 445 y página 248), lleva las firmas de los señores don Floridor Rojas, don Santos Cavada y don Emilio Crisólogo Varas. Debemos advertir que el señor Cavada sólo aceptó los considerandos de la resolución que se relacionaban con la incompetencia del juez para dictar el apercibimiento, y por lo tanto, no aceptó los considerandos que antes se han copiado.

J. B. T.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

EL ABORDAJE SEGÚN EL CÓDIGO DE COMERCIO
y las decisiones de nuestros Tribunales

(Conclusión)

VII.—¿Cómo es cobrada, justificada y tasada la avería ocasionada por el abordaje culpable?

La cuestión de la jurisdicción es lo primero que será necesario determinar á este respecto.

El abordaje ha tenido lugar ó en las aguas territoriales de la República, ó de otro país, ó fuera de ellas.

En el primer caso, la nave culpable y responsable queda sujeta á la jurisdicción de los Tribunales chilenos. El perjudicado, ó el capitán ó los consignatarios se presentarán reclamando los perjuicios contra el capitán, el consignatario ó el dueño del buque en el lugar adonde arribare después de ocasionar la avería, ó en el lugar de su destino, si éste fuese un puerto chileno.

En el segundo caso sólo podrá ser demandado en Chile cuando el naviero tuviese su domicilio aquí. Y aún en este caso, bien puede éste excepcionarse declinando de jurisdicción, ante el juez de la nación en cuyas aguas territoriales tuvo lugar la colisión.

Si ésta se verificó fuera de las aguas territoriales, entonces la demanda debe establecerse en el lugar del domicilio del dueño de la nave, ó naturalmente quedará sujeta á las leyes de dicha nación.

Mas si la nave culpable fuese chilena, en tal caso podría iniciarse la demanda en Chile, y ante el juez de comercio respectivo, que lo es el del lugar destinado á la descarga de la nave, y á falta de éste, el del puerto á que arribase después de ocasionar la avería.

Pero para que sea admisible la demanda de indemni-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

zación de perjuicios es necesario que el capitán de la nave que ha sufrido el abordaje haya cumplido con las condiciones establecidas por la ley, que dispone: «Artículo 1319. Son inadmisibles:

«1.º La acción contra el capitán y aseguradores por la avería particular ó común que hubieren sufrido las mercaderías, siempre que éstas sean recibidas sin protesta.

.....

«3.º La acción dirigida al resarcimiento de la avería causada por el abordaje, si el capitán no hubiere protestado oportunamente.

«Esta disposición no se extiende al caso en que el abordaje cause la pérdida total de la nave.»

«Art. 1320. Las protestas enunciadas en el artículo precedente no producirán efecto alguno:

«1.º Si no fueren hechas y notificadas dentro de setenta y dos horas en los casos designados en los dos primeros números, y de veinticuatro en el que designa el tercero.

«2.º Si hechas y notificadas en los plazos indicados, no se entablare demanda dentro de dos meses contados desde la fecha de la respectiva protesta.»

«Art. 1322. Las veinticuatro horas correrán en el caso de abordaje, sea cual fuere el lugar donde haya ocurrido, desde el primer momento en que el capitán pueda protestar.»

El Código establece la excepción de inadmisibilidad de la demanda si no se hubiese hecho oportunamente la protesta por el capitán, si no se hubiese notificado ésta dentro de veinticuatro horas, y si la demanda no se hubiese iniciado dentro de *dos* meses después de la protesta. En este último caso, la ley establece una verdadera prescripción por el lapso de tiempo de dos meses que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pone término á la respectiva acción de indemnización de perjuicios.

Esta prescripción se refiere únicamente á la acción civil de perjuicios; pero como el capitán, según lo dispuesto en el art. 908, inciso 3.º, en el caso de dolo ó fraude será castigado con arreglo á las leyes penales, la acción penal no prescribe en dos meses como la civil, sino en el plazo á que están sujetas las acciones penales de esta naturaleza.

Respecto á la justificación de la avería causada por el abordaje, se puede decir que por analogía bien puede tener lugar la aplicación del art. 1108, que dice así:

«Art. 1108. Las averías serán justificadas con el acta ó relación de que tratan los arts. 1099 y 1101 siendo ratificada por las personas que la hubieren suscrito.

»El capitán podrá confirmar el contenido del acta con la declaración de los pasajeros, y en su defecto con la de los hombres de la tripulación.

»El acta admite prueba en contrario y su falta puede ser suplida por cualquiera de los medios probatorios que sanciona este Código.»

El art. 1101 dispone: «Tan pronto como cese el peligro que hubiere obligado al capitán á resolver por sí solo una avería común, deberá extender y firmar en el diario de navegación una relación circunstanciada del suceso, expresando en ella los motivos de su determinación y los que hubiere tenido para omitir la reunión de la junta y la audiencia de los cargadores ó sobrecargos.

»Los oficiales de la nave y los dueños ó representantes de la carga podrán abstenerse de firmar la relación; pero si la firmaren, deberán ratificar oportunamente su contenido bajo la solemnidad del juramento. La relación será presentada y ratificada por el capitán en la forma y dentro del término que prescribe el art. 1099.»

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Art. 1099. El capitán pondrá una copia autorizada del acta en la secretaría del juzgado de comercio del primer puerto chileno adonde arribe, dentro de veinticuatro horas, contadas desde el momento en que la nave sea admitida á libre plática, ratificando al mismo tiempo con juramento todos los hechos que aquella contenga. Si el puerto de la primera arribada fuere extranjero, la presentación y ratificación del acta se harán ante el cónsul chileno, y en su defecto ante las autoridades que designa el inciso 2.º del núm. 17.º del art. 905."

Esa disposición ya la hemos copiado anteriormente.

Para completar la justificación, el Código dispone: "Art. 1109. Al presentar el acta el capitán pedirá el nombramiento de peritos que juramentados reconozcan y presencien la apertura de las escotillas, y acto continuo informen por escrito acerca de lo que hubieren observado relativamente al estado de la nave y carga."

El procedimiento de los peritos está previsto por el artículo siguiente:

"Art. 1111. Aceptado y jurado el cargo, los peritos tasadores estimarán las mercaderías perdidas, y el menoscabo que hubieren sufrido las salvadas.

"Las mercaderías perdidas se estimarán, deducidos el flete, derechos de importación y gastos ordinarios, por el precio corriente que tengan otras de la misma clase en el puerto de la descarga.

"La especie y calidad de las mercaderías perdidas serán justificadas por los conocimientos y en su defecto por las facturas ó cualquiera otra prueba legal.

"Las pérdidas y daños causados á la nave en su casco y accesorios serán estimados por el valor que tengan al tiempo de la avería los objetos sacrificados."

IX.—Á las disposiciones que hemos citado, es conveniente agregar la *Ley de Navegación*, dictada en 24 de ju-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nio de 1878, la que se compone de 140 artículos divididos en trece títulos, que son los siguientes:—I. De la nacionalidad de las naves chilenas.—II. De los documentos que comprueban la nacionalidad de la nave.—III. De las transferencias.—IV. Del reconocimiento de la nave y licencia de salida.—V. De la declaración de innavegabilidad.—VI. Del capitán y equipajes.—VII. Del orden y de la disciplina á bordo, y de la navegación.—VIII. De la bandera nacional y señales.—IX. Del transporte de correspondencia.—X. Del transporte de pasajeros.—XI. Del arribo de la nave.—XII. Marina militar.—XIII. Del naufragio y salvamento.

Después de la ley de navegación se dictó el 12 de noviembre de 1878 el *Reglamento marítimo para evitar abordajes* que es necesario tener presente en la cuestión de que nos hemos ocupado. Ese reglamento se compone de treinta artículos, y está dividido en seis párrafos en esta forma:

§ 1.º *Reglas sobre iluminación:*—Luces obligatorias.—Luces para vapores.—Luces para vapores remolcadores.—Señales diurnas ó nocturnas para buques de vapor que no gobiernan.—Luces para buques de vela.—Luces excepcionales para buques de vela pequeños.—Luces para buques al ancla.—Luces para buques prácticos.—Luces para embarcaciones pescadoras y menores.—Nave alcanzada por otra.

§ 2.º *Señales en tiempo de cerrazón:*—Señales acústicas.—Andar moderado.

§ 3.º *Reglas relativas al rumbo:*—Dos buques de vela que se encuentran.—Dos buques de vapor que se encuentran.—Dos buques de vapor con derrotas que se cruzan.—Buques de vela y de vapor.—Buques de vapor que deben disminuir su andar.—Señales acústicas especiales para vapores.—Nave que alcanza á otra.—Nave-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

gación por canales angostos.—Disposiciones complementarias.

§ 4.° *Casos especiales:*—Peligro inminente.—Precauciones particulares de cada nave.

§ 5.° *Presunciones legales sobre el abordaje.*

§ 6.° *Precauciones especiales para evitar el abordaje:*—Auxilio á la nave abordada.

El precedente reglamento, que es tomado del reglamento marítimo adoptado por la República francesa, se halla incorporado á nuestra legislación marítima y sirve de norma para las cuestiones de abordaje que deben resolver los tribunales chilenos.

Por sólo los epígrafes que hemos mencionado anteriormente, se comprende que se encuentran allí establecidas las reglas necesarias tanto para evitar el abordaje como para poder conocer de parte de quién está la culpabilidad en el caso de llevarse á efecto.

Están adoptadas en el reglamento todas aquellas medidas de precaución y de prudencia que pueden tener una aplicación general, y cuya violación importa hoy la culpabilidad de las naves que las hayan infringido al tiempo de verificarse el abordaje.

Estas medidas, por otra parte, están adoptadas en el movimiento marítimo de casi todos los países civilizados; y sirven como una pauta segura á todos los capitanes en la dirección de sus respectivas naves. Y si bien en muchos países no tienen todavía carácter legal, sin embargo, la mayor parte de esas disposiciones forman la costumbre que suple la falta de la ley en donde ésta no existe á este respecto.

El reglamento marítimo ha reproducido las *presunciones legales sobre el abordaje* que había de antemano establecido el Código de Comercio en las disposiciones contenidas en los artículos 1134 y 1135 que hemos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

transcrito anteriormente y que á la letra se encuentran en el § 5.º de dicho reglamento.

Han sido reproducidos, sin duda, sea para darle más fuerza, y porque el reglamento es más conocido de los capitanes y navieros, ó sea porque siendo dictado ese reglamento por una ley de la República, no pudiera entenderse que quedaban derogadas las disposiciones de los artículos 1134 y 1135 ya citados.

No dejaremos de llamar la atención, antes de concluir esta parte, á la impropiedad en que se se ha incurrido en la ley de navegación y en el reglamento marítimo para evitar abordajes, al emplear las palabras *nave* y *buque* á la vez y en el mismo sentido.

Aunque el Diccionario de la lengua en 1878 daba á la palabra *buque* una acepción más lata y comprensiva que á la palabra nave, puesto que esta última, según aquél, se usaba más generalmente para los buques de vela, sin embargo, el Código de Comercio había establecido el término legal y había adoptado la palabra nave, ó la había definido así:

«Art. 823. La palabra *nave* comprende el casco y quilla, los aparejos y accesorios de toda embarcación principal, sea cual fuere su denominación y magnitud, y sea de vela, remo ó vapor.»

Definida así la palabra *nave* y no estándolo del mismo modo la palabra buque, no debió emplearse indistintamente una y otra; y esta impropiedad parece ser mayor aun cuando se observa que en el epígrafe de los capítulos de la ley y del reglamento se usa la palabra nave, como por ejemplo: *De la nacionalidad de las naves chilenas*, *Del reconocimiento dc la nave*, etc.; y á renglón seguido, en la parte dispositiva, sólo se usa la palabra *buque*.

X.—Ya que hemos expuesto toda la legislación vi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

gente en Chile respecto al abordaje, no está demás que, para completar esta exposición, demos á conocer los diversos casos prácticos sobre esta materia que han sido resueltos por nuestros Tribunales después de la promulgación del Código de Comercio.

EL CASO DE LA FRAGATA "WALACCA" CON EL VAPOR DE GUERRA "ANTONIO VARAS".—El 26 de julio de 1867, á consecuencia de un temporal acaecido en la bahía de Valparaíso, la fragata inglesa *Walacca* abordó al vapor nacional de guerra *Antonio Varas* ocasionándole averías cuyas reparaciones importaron más de cuatro mil pesos.

El agente fiscal entabló demanda contra el capitán de la *Walacca*, fundándose en que esta nave había llegado pocos días antes del 26 de julio, y tomó fondeadero indebidamente en la línea de las baterías, por cuya causa la gobernación marítima notificó al capitán para que se mudara á otro punto de la bahía, lo que éste no efectuó, quedándose cerca del *Antonio Varas*, por lo cual tuvo lugar el abordaje.

El capitán demandado expuso que debía declararse inadmisible la demanda, porque el capitán del *Antonio Varas* no había hecho la protesta ni la notificación de ella en el término de 24 horas, y no había habido dolo, culpa ó impericia que ocasionara el abordaje. En subsidio, reconvenía por los perjuicios experimentados por la fragata *Walacca*.

El agente fiscal, por su parte, insistió en la demanda, y rechazó la excepción de inadmisibilidad sosteniendo que este asunto no era mercantil.

Después de recibida la causa á prueba, el juzgado de comercio pronunció la sentencia siguiente:

"Considerando: Que es evidente acto de comercio todo hecho que produce obligación por averías, naufra-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

gios ó salvamentos, según la disposición expresa y clara del inciso 16.º art. 3.º del Código de Comercio; ya sea de parte de ambos obligados ó de uno solo de ellos, según el inciso 1.º del mismo artículo, y aquí el demandado es el capitán de un buque mercante sujeto á la ley comercial.

"Considerando: que el Código de Comercio ha derogado todas las leyes preexistentes que tratan de la misma materia y no pueden prevalecer contra él disposiciones reglamentarias que no tienen fuerza para derogar leyes anteriores, y por lo tanto mucho menos la tendrán para desvirtuar leyes posteriores; no pudiendo tampoco contraponérsele las antiguas leyes españolas sobre la Armada, tanto por ser de fecha anterior, como por la dudosa vigencia de la mayor parte de sus disposiciones.

"Considerando: que para conseguir el resarcimiento del perjuicio de la avería por abordaje, el capitán del buque averiado debe formalizar su protesta dentro de 24 horas y hacer la notificación en el mismo término, sin cuyos requisitos la acción será inadmisible.

"Considerando: que el capitán del *Antonio Varas* no se sujetó á los preceptos de la ley.

"Juzgando con arreglo á las prescripciones citadas y á los arts. 1319, 1320 y final del Código de Comercio, se declara inadmisible la acción deducida por parte del fisco. Consúltese.—José A. Goñi.—Alfonso.—*Ibáñez*, secretario."

Esta sentencia fué confirmada por la Excma. Corte Suprema el 11 de noviembre de 1868.

El caso de la fragata "Italia", de las barcas "Edwards Pens" y "Christiane" con el vapor "Ville de Bordeaux".—El 10 de agosto de 1872 sobrevino un gran temporal en la bahía de Valparaíso.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El vapor francés *Ville de Bordeaux* cortó sus amarras y se fué sobre la barca inglesa *Diva* (1) y la echó á pique; abordó también á la fragata *Italia* y á las barcas *Edwards Pens* y *Christiane*, causándoles varias averías.

Los dueños de estas tres últimas naves entablaron demanda contra el capitán y el consignatario del *Ville de Bordeaux.*

El demandado alegó, ante todo, en contra de la demanda la excepción de *inadmisibilidad*, por cuanto la protesta de los capitanes de los buques abordados no se había extendido ni notificado en tiempo oportuno. Negó además que el abordaje hubiese provenido de dolo, impericia ó negligencia del capitán del *Ville de Bordeaux.*

La causa, después de ser recibida á prueba, se falló de la manera siguiente:

"Considerando: que el abordaje, materia de estos antecedentes, ocurrió en esta bahía el 10 de agosto de 1872, y las protestas de los demandantes fueron extendidas el día 12 del mismo mes á las once de la mañana;

"Considerando: que no se ha probado por los demandantes la imposibilidad en que estuvieron de bajar á tierra el día del abordaje, no obstante que en autos existen antecedentes para creer que en la tarde del día mencionado declinó notablemente la fuerza del temporal;

"Considerando: que la circunstancia alegada por los mismos demandantes, de ser el 11 día festivo, por consiguiente inhábil, no puede aceptarse tratándose de un acto que según la ley ha debido ejecutarse dentro de un plazo fijo, como son las protestas que extienden los capitanes de buques abordados para preparar la acción

(1) El juicio por el abordaje de la *Diva* tuvo lugar en 1874 ó 1875; pero no hemos encontrado la sentencia.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dirigida al resarcimiento de la avería causada por el abordaje;

"Considerando: que extendidas las protestas el día 11 antedicho, como han podido y debido hacerlo los capitanes demandantes, estando en este puerto, tampoco era un inconveniente el día festivo en que procedían, por lo que respecta á la notificación de las respectivas protestas, por cuanto si los juzgados estaban cerrados, les bastaba hacerles poner cargo á las solicitudes encaminadas á aquel fin, para salvar todo inconveniente;

"Considerando: que de lo expuesto resulta que los demandantes, pudiendo hacerlo, no han protestado por las averías sufridas dentro de las 24 horas que establece la ley;

"Considerando: finalmente, que en autos no hay prueba legal bastante para establecer que el abordaje ha sido ocasionado por dolo, negligencia ó impericia del capitán ó tripulación del *Ville de Bordeaux*, por lo que debe presumirse, con arreglo á la ley, que ha sido fortuito.

"Con arreglo á lo dispuesto en los artículos 1129; 1319, núm. 3; 1320 y 1322 del Código de Comercio, se declara inadmisible y sin lugar la demanda.—Domínguez.—*Lemus.*"

Los demandantes no apelaron de esta sentencia.

El caso de la "Laura Andrade" con la barca "Miguelito."—El 24 de abril de 1873, habiendo ocurrido un gran temporal en la bahía de Valparaíso, la nave *Laura Andrade* cortó su cadena y se fué sobre la barca *Miguelito* ocasionándole algunas averías de consideración.

El dueño de esta última, don Juan B. Cichero, entabló demanda contra don José Manuel Andrade, propietario de la *Laura Andrade*, sosteniendo que el abordaje

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

había sido culpable porque esta nave se hallaba con su proa al sur, en desobedecimiento á la orden que recibió de la gobernación marítima, orden dada en conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.º del reglamento de policía marítima, con arreglo á la cual la *Laura Andrade* debió cambiar su proa al norte y la dirección de sus amarras desde el 15 del mismo mes de abril.

Á causa de esta infracción, aquel buque no pudo resistir á la violencia del mar y del viento el 24 de abril, según el demandante; y como este caso se halla comprendido en la primera excepción del artículo 1134 del Código de Comercio, deduce acción contra el dueño y armador de la nave abordante para que pague el costo de la reparación de las averías causadas y el importe de los daños y perjuicios.

El demandante dedujo la acción de *inadmisibilidad* de la demanda por no haberse extendido la protesta dentro de las 24 horas que prescribe la ley, y por no haber sido notificada ésta dentro del mismo plazo expresado. Habiendo tenido lugar el abordaje á las 7½ A. M. del 24 de abril, la protesta había sido extendida á las 11 de la mañana del día siguiente, y el demandado no fué notificado de ella sino el 3 de mayo.

Á esto observó el demandante que la protesta no pudo hacerse antes, á causa del mal tiempo que reinaba en la bahía, y que el plazo de 24 horas no era fatal, y sólo debía contarse desde el momento que fuera posible hacer la protesta.

Rendida la prueba en el juicio, el juez de primera instancia dictó la sentencia siguiente que fué confirmada por la Corte de Apelaciones en los términos que se verán más adelante.

"Considerando: 1.º Que Cichero ha justificado que la protesta fué extendida dentro del plazo legal, constando

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de los antecedentes, que si bien es cierto que el 24 de abril de 1873 no se incomunicó la bahía á consecuencia del mal tiempo que ese día sobrevino, incomunicación que no existe ni aún en los días de fuerte temporal como lo atestigua el gobernador marítimo en su informe de fojas 70, está probado que el mal tiempo no fué por eso menos efectivo y ocasionó el abordaje, permaneciendo las dos naves durante el día en situación peligrosa; y siendo así, el capitán de la *Miguelito* no podía ni debía abandonar su buque para bajar á tierra y extender la protesta; encontrándose el armador en el mismo caso que el capitán por lo que respecta á las prescripciones legales concernientes á esta materia;

«Considerando: 2.º Que aunque es un hecho que Andrade no fué notificado de la protesta sino el 3 de mayo, este retardo no puede ocasionar la pérdida del derecho que se persigue, por cuanto la demora en la notificación es independiente de la voluntad del interesado, dependiendo de la mayor ó menor diligencia del ministro de fe encargado de efectuarla, y de la facilidad que ofrezca la persona á quien se va á hacer la notificación;

«Considerando: 3.º Que si Andrade hubiera mirado la cuestión bajo el aspecto que se le dió en los dos considerandos precedentes, no se habría allanado á costear la reparación de la avería causada en el abordaje, como lo hizo en su solicitud de f. 15; y que si se ha reconocido deudor de las averías, también lo es del perjuicio que haya sido su consecuencia;

«Considerando: 4.º Que el monto verdadero de este perjuicio no está claramente justificado, debiendo tomarse en cuenta para apreciarlo, por una parte el tiempo que se empleó en la reparación, tiempo que deberá compararse con el de la duración probable del viaje contratado y no realizado por causa del abordaje, y por otra

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

parte la diferencia que puede haber en los gastos de una nave según esté fondeada ó se encuentre navegando.

"Visto lo expuesto en el art. 1130, y núm. 1.º del 1134 del Código de Comercio, se accede á la demanda, declarándose sin lugar la excepción de inadmisibilidad. En consecuencia, Andrade pagará desde luego el importe de la reparación, y además el valor de los demás perjuicios ocasionados, según la regulación que de ellos haga un perito, sin ulterior recurso y oyendo verbalmente á las partes.—ALFONSO.—*Lemus.*"

"Santiago, agosto 20 de 1874.—Vistos: reproduciendo los considerandos 1.º y 4.º y eliminando el 2.º y 3.º de la sentencia apelada; y

"Considerando: 1.º Que en el inciso 1.º del art. 1320 del Código de Comercio se ordena que la notificación de la protesta otorgada en caso de abordaje debe ser hecha en el plazo de 24 horas;

"2.º Que la determinación de este plazo tiene por evidente objeto poner en el más breve tiempo posible en conocimiento del capitán del buque responsable las averías causadas por su culpa, á fin de que no puedan ser adulteradas más tarde, atribuyendo al abordaje las que puedan tener otro origen ó ser producidas por el mal estado del buque abordado;

"3.º Que si el plazo de 24 horas no es estrictamente fatal por no atribuirle la ley este carácter de un modo terminante, debe, sin embargo, justificarse que si la notificación no se ha hecho dentro de él, ha sido por superiores inconvenientes que no han podido vencerse, no obstante la diligencia empleada al efecto;

"4.º Que en el presente caso aparece que, extendida y presentada al juzgado la protesta del armador Cichero en tiempo oportuno, no fué notificada en el plazo fijado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

por la ley á don José Miguel Andrade, contentándose aquél, según se ve del certificado de fs... con entregarla al receptor Lemus, quien hizo la notificación siete días después;

"5.º Que no se ha probado que la demora de la notificación fuese causada por la ocultación de Andrade ó por su ausencia de Valparaíso, ni se ha justificado tampoco que Cichero activase la diligencia encomendada al receptor; pidiese que ella fuera desempeñada por cedulón, arbitrio legal que habría vencido toda dificultad, y que la ley ha tomado indudablemente en cuenta al fijar el plazo de 24 horas;

"6.º Que si la responsabilidad de Andrade ha podido cesar por no haberse dado cumplimiento á lo dispuesto en el Código de Comercio, no puede ella excusarse, desde que él mismo la ha reconocido y confesado en su escrito de fs..., presentando al juzgado, con conocimiento de la protesta y demanda de fs. 9, en que se pide no sólo el importe de las averías ocasionadas por el abordaje, sino también los perjuicios originados por este motivo;

"7.º Que dada esta confesión, que impone una obligación procedente de un hecho penado por la ley y de que se cree deudor Andrade, no puede ser ella eludida más tarde, asilándose este último en la circunstancia de no haber dado severo cumplimiento á un requisito determinado por la ley con el objeto que queda expresado en el segundo considerando, porque Andrade era árbitro de renunciarlo y desestimarlo, como efectivamente aparece renunciado al presentar el escrito de fs. 15, recordado.

"Visto el art. 2494 del Código Civil, se confirma con el voto unánime del Tribunal la sentencia de 2 de Marzo del presente año, corriente á fs..., con costas del recurso. Devuélvanse.—Santa María.—Bernales.—Gandarillas.—Guerrero.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El caso de la barca «Hertig Oscar Frederick» con la barca «Japón».—El 13 de junio de 1880, á causa de una gran marejada, la barca *Japón*, que se encontraba fondeada en la bahía de Valparaíso, perdió su colocación y fué á chocar con la barca *Hertig Oscar Frederick*, resultando algunas averías en ambas naves á consecuencia de este abordaje.

El dueño de esta última entabló demanda contra el dueño de la barca *Japón*, fundándose en que esta nave fué la única que no pudo resistir la marejada, á la cua resistieron no tan sólo todos los buques surtos en la bahía, sino hasta las lanchas y chalupas, lo cual demostraba que la *Japón* no poseía los elementos necesarios para conjurar accidentes de esa naturaleza. En consecuencia, reclamaba los gastos que ocasione la reparación de averías, el valor del flete que tenía contratado y que había perdido por esta causa, el importe de la protesta y de los gastos de este juicio.

El demandado expuso, por su parte, que debía absolvérsele de la demanda, por cuanto, según la propia expresión de aquél, las dos naves se encontraban fondeadas en la bahía y separadas á la conveniente distancia; y que si la *Japón* perdió su colocación fué á causa de no haber podido resistir á la marejada producida por el fuerte viento, lo cual no indica que haya existido dolo, negligencia ó impericia del capitán de la *Japón*, y sólo manifiesta que se trata de un abordaje fortuito que no puede hacerse pesar sobre la nave, que no pudo resistir á fuerza superior, no obstante que tenía á su bordo todos los útiles necesarios y que se acostumbran en tales circunstancias.

Además, reconviene al demandante, por cuanto la avería inferida por la *Japón* proviene de impericia del capitán de la *Hertig Oscar Frederick*, quien no largó ca-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dena oportunamente, alegando que no la tenía, y arrió de seis á ocho brazas de ella, cuando ya las dos naves habían experimentado la colisión; operación tardía, pero que produjo el resultado de que los dos buques se separasen en el acto.

Después de recibir la causa á prueba se pronunció la sentencia siguiente:

«Considerando respecto á la demanda y á la reconvención:

«1.° Que según los informes del gobernador marítimo resulta: que la barca *Japón* se hallaba debidamente fondeada el día del abordaje y cumplía con los reglamentos de policía marítima; que de las averiguaciones tomadas de dicha oficina no resultó que la colisión con la *Hertig Oscar Frederick* fuera efecto de no tener la *Japón* ni suficiente tripulación á bordo, ni la cadena sobre cubierta, y que no fué sólo la *Japón* la que en el temporal del 13 de junio de 1880 garreó sus anclas y sufrió averías;

«2.° Que no hallándose la *Japón* ni la *Hertig Oscar Frederick* en ninguno de los casos de excepción establecidos por el art. 1134 del Código de Comercio, el abordaje del uno al otro buque debe considerarse fortuito;

«3.° Que no se ha probado por parte del demandante el dolo, negligencia é impericia del capitán y tripulación de la *Japón*; pues no sólo deja mucho que desear la prueba rendida sobre esos puntos, sino que se halla destruída por lo informado por el gobernador marítimo y por la rendida de contrario;

«4.° Que por parte del demandado no se ha acreditado el único hecho en que funda la reconvención, esto es, que el capitán de la *Hertig Oscar Frederick* tenía á bordo de su buque cadena que arrear y que no lo hizo sino después de efectuado el choque.

«Por estos fundamentos, y visto lo dispuesto en los artí-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

culos 1129, 1133 y 1134 del Código de Comercio; 1698 del Código Civil, ley 1.ª, tít. 16, Part. 3.ª, se declara: que no há lugar ni á la demanda de fs. 7 ni á la reconvención deducida en el escrito de fs. 11.—ARLEGUI.—*Lemus.*»

«Santiago, Marzo 9 de 1882.—Vistos: se confirma la sentencia apelada de 13 de octubre último corriente á fs... con costas del recurso. Publíquese y devuélvase.—ÁBALOS.—BARCELÓ.—ERRÁZURIZ.—HENRÍQUEZ.»

EL CASO DE LA BARCA «JULIA» CON EL VAPOR «PACIFIQUE».—El vapor francés *Pacifique* arribó á Valparaíso el 7 de noviembre de 1882, y al entrar á la bahía abordó á la barca *Julia*, ocasionándole algunas averías de consideración.

El capitán de la *Julia* entabló demanda contra el del vapor *Pacifique* reclamando daños y perjuicios, y fundándose en que la *Julia* estaba fondeada y amarrada en el puerto cuando el *Pacifique* llegó á tomar su fondeadero; y en pleno día, entre dos y tres de la tarde, sin haber viento ni marejada, vino á chocar contra la *Julia*. Sostiene que el capitán del *Pacifique* ha procedido con impericia, puesto que no sólo no detuvo oportunamente su nave para evitar el choque, sino que entró á la bahía contraviniendo á las reglas más obvias de la navegación, pues viniendo el *Pacifique* del sur, debió doblar la Punta del Faro dirigiéndose directamente á Viña del Mar, como lo hacen todos los vapores que llegan de ese viento, hasta enfrentar su fondeadero, para virar convenientemente é internarse en el puerto.

El capitán del *Pacifique* contestando á la demanda, pide que sea ésta desechada, porque el abordaje de la *Julia* ha provenido por culpa del capitán de esta nave; pues el *Pacifique* entró de la manera conveniente á la bahía

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y doblando en Punta del Faro, se dirigió en la derechura usual y acostumbrada á amarrarse á una de las boyas que la capitanía del puerto tiene asignadas á la Compañía Marítima á que pertenecía dicho vapor, y notó que una de éstas estaba ocupada por la *Julia*, la cual estaba atada en dicha boya á la gira, sin cadena ó amarras que impidieran cambiar de posición por el viento, en contraposición á los reglamentos de la bahía. El vapor fué á tomar sus boyas, pero no contenido con estas circunstancias, no pudo evitar el acercarse á la *Julia*; sin embargo que echó sus anclas á cien metros de distancia, no pudo evitar el primer choque contra esta última; si bien después del primer choque el *Pacifique* dió movimiento á su máquina hacia atrás, habiéndose enredado la hélice en las cadenas de una boya que flotaba en la proximidad, no pudo continuar retrocediendo, y se vió en la necesidad de parar la máquina, ocurriendo así un segundo choque por efecto de la casualidad.

Recibida la causa á prueba y después de rendida ésta, el juez de comercio, estableciendo diversos considerandos, y entre ellos *que aparece debidamente comprobado en autos que el abordaje* de la fragata *Julia fué causado por impericia inexcusable* de parte del capitán del vapor *Pacifique*, resolvió lo siguiente:

"1.º Que el capitán del vapor *Pacifique* don V. Exnulin debe pagar al demandante, en el carácter de representante este último del armador de la fragata *Julia*, la diferencia que haya entre el valor comercial que tuvo dicha fragata antes de ser abordada por aquel vapor, y el valor justo y comercial en que pudo ella enajenarse después del recordado abordaje;

"2.º Los intereses corrientes de esa diferencia á contar desde el día del abordaje;

"3.º Se fija en ocho mil pesos el valor de la *Julia* antes

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de ser abordada, incluyendo los objetos expresados en el informe de fs. 129. Un perito nombrado por el juzgado, en desacuerdo de las partes, informará sobre el precio comercial de la *Julia* después del siniestro y sobre el tipo del interés que se manda abonar al demandante;

"4.º Se desechan las demás peticiones de las partes.—L. URRUTIA.—*Lemus*, secretario."

La Corte de Apelaciones confirmó la sentencia precedente con declaración de que "tanto el valor comercial de la *Julia* antes del abordaje, como el que tuvo después de su abordaje, debe ser fijado por el juez, previo el informe de un perito que con el mérito de autos dictamine acerca de ambos valores".

Podríamos citar en conclusión, el abordaje del vapor *Limarí* con la barca alemana *Elisa Schmidt* ocurrido en las aguas de Guayaquil, objeto de un importante juicio que está para resolverse en el Juzgado de Comercio de Valparaíso; pero no habiéndose fallado aún esta cuestión, carece de importancia para el fin que nos hemos propuesto al ocuparnos de todos los juicios de abordaje que han ocurrido desde la promulgación del Código de Comercio.

Por lo cual terminaremos aquí la exposición que hemos hecho sobre esta materia.

F. DONOSO VERGARA.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN HISTÓRICA

DON ANDRÉS BELLO Y EL CÓDIGO CIVIL

(Continuación)

»No divisamos qué derecho den los vínculos de parentesco sobre la educación religiosa de un niño católico. El cuidado en esta parte ha sido confiado por Dios á los pastores de la Iglesia, y la ley no puede hacer ilusorio este derecho sagrado, confiriendo á otros la facultad de poder consentir en que se arrebate al rebaño católico el pupilo que fué recibido en su seno. No dudamos, pues, que los cristianos legisladores, penetrados de la justicia de nuestras observaciones, harán una excepción en la ley respecto de los pupilos católicos, asegurando á las autoridades de la Iglesia la intervención eficaz para que la educación no caiga en manos que pudieran ser funestas á su fe.»

Ya hemos referido en otra parte que la representación de los prelados diocesanos no produjo resultados de ninguna especie.

Creemos excusado agregar que la reforma del artículo 245 del *Proyecto* inédito solicitada por el señor Ocampo, no se llevó á efecto por la razón expresada en la contestación de don Andrés.

»Artículo 251 (*Proyecto* inédito.)

»Muerto uno de los padres, los gastos de la crianza, educación y establecimiento de los hijos, tocarán al so-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

breviviente; quedándole siempre á salvo la disposición del inciso final del artículo precedente.»

Observación del señor Ocampo: «En lugar de *quedándole siempre á salvo, etc.*, debería decirse: *salva la facultad que le otorga el inciso, etc.*»

Contestación de don Andrés: «No veo necesidad de variar la redacción. Una y otra frase expresan lo mismo.»

La frase objetada fué, sin embargo, sustituida por otra que no era la indicada por el señor Ocampo, pero que tampoco venía á alterar en nada la disposición contenida en el artículo antes copiado, que es el que ahora aparece en el *Código* bajo el número 229.

«Artículo 255 (*Proyecto* inédito).

«El padre, y en su defecto la madre, tendrán el derecho de elegir el estado ó profesión futura del hijo, y de dirigir su educación del modo que crean más conveniente para el hijo.

«Pero no podrán obligarle á que se case contra su voluntad.

«Ni llegado el hijo á la edad de veinte y un años podrán oponerse á que abrace una carrera honesta, más de su gusto que la elegida para él por su padre ó madre.»

Observación del señor Ocampo: «La edad de veintiún años para elegir carrera y prepararse de los conocimientos necesarios para desempeñarla debidamente, es en mi opinión incompetente y debería ser subrogada por la de dieziocho años.»

Contestación de don Andrés: «Encuentro fuerza en la observación. Se someterá á la Comisión.»

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La idea propuesta por el señor Ocampo y patrocinada por don Andrés, no fué, sin embargo, aceptada por la Comisión, como se deduce de la lectura del artículo 235 del *Código Civil.*

No divisamos las razones que pudieron alegar los miembros de la expresada Comisión para rechazar la enmienda á que nos referimos.

Por el contrario, creemos que la reforma del artículo 255 del *Proyecto* inédito, ó sea del 235 del *Código Civil*, en el sentido indicado, era no sólo fundada, sino también justa y necesaria.

Establecer la regla de que un individuo menor de veintiún años no pueda seguir la carrera á que se siente inclinado, es por demás inconveniente y perjudicial.

El derecho concedido á los padres por el artículo de que tratamos para designar la carrera á que se han de dedicar sus hijos, por lo menos hasta los veintiún años, es un derecho exorbitante.

El conocido filósofo don Jaime Balmes, en el capítulo III de su obra titulada *El Criterio*, se expresa como sigue, hablando de la elección de carrera:

«Cada cual ha de dedicarse á la profesión para la que se siente con más aptitud. Juzgo de mucha importancia esta regla, y abrigo la profunda convicción de que á su olvido se debe el que no hayan adelantado mucho más las ciencias y las artes.»

.....

«Los padres, los maestros, los directores de los establecimientos de educación y enseñanza, deben fijar mucho la atención en este punto, para precaver la pérdida de un talento, que, bien empleado, podría dar los más preciosos frutos, y evitar que no se le haga consumir en una tarea para la cual no ha nacido.

«El mismo interesado ha de ocuparse también en este

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

examen: el niño de doce años tiene por lo común reflexión bastante para notar á qué se siente inclinado, qué es lo que le cuesta menos trabajo, cuáles son los estudios en que adelanta con más facilidad, cuáles las faenas en que experimenta más ingenio y destreza.»

En la nota correspondiente á este capítulo III, agrega todavía el mismo autor:

«Un hombre dedicado á una profesión para la cual no ha nacido, es una pieza dislocada; sirve de poco y muchas veces no hace más que sufrir y embarazar Quizás trabaja con celo, con ardor; pero sus esfuerzos, ó son impotentes, ó no corresponden ni con mucho á sus deseos. Quien haya observado algún tanto sobre este particular, habrá notado fácilmente los malos efectos de semejante dislocación. Hombres muy bien dotados para un objeto, se muestran con una inferioridad lastimosa cuando se ocupan de otro. Uno de los talentos más sobresalientes que he conocido en lo tocante á ciencias morales y políticas, le considero mucho menos que mediano con respecto á las exactas; y al contrario, he visto á otros de feliz disposición para adelantar en éstas, y muy poco capaces para aquéllas.»

MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI R.

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

BIBLIOTECA DE LA «REVISTA FORENSE CHILENA»

Se ha empezado la publicación del primer volumen de esta BIBLIOTECA, que contendrá todos los trabajos de largo aliento que se envíen á la REVISTA. El primer trabajo de este género es la obra titulada COMENTARIO DE SIETE TÍTULOS DEL CÓDIGO CIVIL (títulos preliminar y I á VI del Libro I), por don Juan Antonio de Armas. Ha visto la luz pública la primera entrega, á cuyo frente aparece una dedicatoria á S. E. el Presidente de la República, don José Manuel Balmaceda, y la siguiente *Advertencia:* «El plan de esta obra ha obedecido al propósito de tratar de una manera general y comprensiva las interesantes cuestiones que suscitan los siete primeros títulos del Código Civil, con referencias claras y completas á los sabios comentadores del Derecho francés. De aquí el carácter especial que la distingue entre los diversos comentarios publicados sobre el primero de los Códigos chilenos.—«En materia de matrimonio, no obstante, se diferencia de todos ellos en que es la única de su género que expone y detalla las importantes modificaciones que en el Código introdujo la ley de matrimonio civil de 10 de enero de 1884.—«Ampliamente autorizados por el autor, distinguido abogado y secretario de juzgado de Valparaíso, hemos intercalado algunos detalles, anotado ciertos pasajes, y debemos decirlo para asumir la responsabilidad que nos cabe, todo lo que se refiere al matrimonio civil ha sido redactado por nosotros. El comentario de varios títulos había sido, por otra parte, premiado en algunos certámenes de esta ciudad, de que fueron jueces notables abogados de este foro.

»El presente trabajo estaba destinado á la REVISTA FORENSE CHILENA, mas no habiendo sido posible insertarlo en ella por sus dimensiones relativamente considerables, hemos querido que él inaugurara esta BIBLIOTECA DE LA REVISTA, la cual, sin duda, será fomentada por nuestros colegas que, como nosotros, anhelan un sólido progreso para los estudios jurídicos de nuestro país.—*Enrique C. Latorre*, director de la REVISTA FORENSE CHILENA.»

LA DIRECCIÓN.

IMP. CERVANTES, Bandera, 73

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO II Santiago, 1.° de noviembre de 1886 NÚM. 6

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO. —Notas Editoriales: El Certamen «Federico Varela»: La Constitución política de Colombia de 1886.—Comentario del Título preliminar y del Título I del Libro I del Código de Comercio (continuación), por don José Alfonso.—Sucesión de los ascendientes; error de una de las notas anexas al Código Civil, por don Fortunato Venegas.—Relaciones recíprocas entre la prensa y la legislación (continuación), por don José Joaquín Larraín Z.—Una cuestión interesante sobre enajenación del derecho de asistir á funciones de abono de un teatro, por La Redacción.—Don Andrés Bello y el Código Civil (continuación), por don Migue Luis Amunátegui Reyes.—Estudios filosóficos sobre el beneficio de pobreza para litigar, por don Andrés Aguilera y Vera.—Revista bibliográfica, por La Dirección.

NOTAS EDITORIALES

El Certamen «Federico Varela».—En sesión de 11 de octubre último se presentó al Consejo de Instrucción Pública el informe del jurado á quien se encargó dictaminar acerca del mérito de las diez composiciones presentadas á este certamen sobre el tema: *Estudio sobre el estado en que se encuentra la ciencia política en Chile, y sobre los medios de impulsar su progreso en adelante.*

Los miembros informantes, señores don Álvaro Covarrubias, don Zorobabel Rodríguez y don Osvaldo Rengifo, acordaron el premio ofrecido, de seiscientos pesos, al señor don Valentín Letelier, autor de la memoria firmada *Valle*; y hé aquí el juicio que ella les sugirió: «Se descubre en ella, junto con un estilo correcto, preparación y estudio para abordar las cuestiones sobre que discurre. Es verdad que se echa de menos cierta claridad y precisión al exponer las ideas del autor, pues éste se concreta

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

más bien á agrupar argumentos en pro y en contra de opuestas teorías, que á expresar sus propias convicciones. No es menos exacto que este trabajo, más bien que un estudio de la ciencia política en Chile, puede estimarse como una apreciación general de esa ciencia, lo que, en cierto modo, lo aparta del tema que debía desarrollar. Creemos aún que habría sido posible encontrar, fuera del examen de los libros con que se alimentan las ideas políticas entre nosotros, antecedentes reveladores del estado de nuestros conocimientos en este ramo, y que habría convenido dar mayor ensanche al análisis de las necesidades sociales, que la memoria solamente menciona sin buscar la solución oportuna.—«Pero al lado de estos vacíos, se descubren en la obra méritos que manifiestan un estudio meditado y serio. Aunque no participamos en muchos puntos de las opiniones del autor, juzgamos que éste ha sabido hacerse cargo de las dificultades que ofrece la cuestión propuesta, y que, si no ha logrado abarcarla en toda su extensión, la presenta, por lo menos, en algunas de sus fases más interesantes, con apreciaciones dignas de ser meditadas.—«Hemos vacilado antes de resolver si un trabajo semejante, apreciable bajo muchos conceptos, pero que no se extiende á todo lo que el tema propuesto pudiera contener, es acreedor á la remuneración prometida. Teniendo en cuenta, sin embargo, que no se ha determinado la extensión del trabajo para merecerla, y que la memoria de que nos ocupamos revela un empeñoso y no desgraciado esfuerzo para ilustrar el punto de estudio designado por el promotor del certamen, cumpliendo de esta manera los propósitos que sin duda tuvo en mira el señor Varela, hemos creído que debíamos recomendar la citada memoria para que se le adjudique el premio ofrecido.»

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La Constitución política de Colombia de 1886.— Juzgamos interesante para nuestros lectores dar á conocer, siquiera sea sucintanmete, la nueva Constitución que en 4 de agosto del corriente año ha modificado profundamente el régimen político de Colombia. Conocíamos de aquel país las Constituciones de 30 de agosto de 1821, y de 20 de mayo de 1853; y, según nuestras noticias, se habían promulgado otras en 20 de abril de 1843 y en 8 de mayo de 1863. Esta última ha quedado derogada por la de 1886, publicada en La Nación de Bogotá de 10 de agosto último.

La gran novedad introducida por esta Carta en el Derecho público colombiano es la reconstitución de esta nación en *República unitaria* (artículo 1.º). Las secciones que componían la Unión Colombiana, denominadas Estados y Territorios nacionales, continúan siendo partes territoriales de la República, conservando los mismos límites actuales y bajo la denominación de Departamentos (4); pudiendo crearse nuevos Departamentos á solicitud de las cuatro quintas partes de los Consejos municipales de la comarca en que han de formarse, y siempre que el nuevo Departamento tenga doscientas mil almas; que aquél ó aquellos de que fuere segregado queden cada uno con una población de doscientos cincuenta mil habitantes, por lo menos, y que la creación sea decretada por una ley aprobada en dos legislaturas ordinarias sucesivas (5). El Congreso se compone del Senado y la Cámara de Representantes (58). El Presidente de la República es el Jefe del Poder Ejecutivo; y lo ejerce con la indispensable cooperación de los Ministros. El Presidente y los Ministros, y en cada negocio particular el Presidente con el Ministro del respectivo ramo, *constituyen el Gobierno* (59). Ejercen el Poder Judicial la Corte Suprema, los Tribunales superiores de Distrito, y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

demas Tribunales y Juzgados que establezca la ley (60). Las Cámaras se reunen ordinariamente, por derecho propio, cada dos años, el día 20 de julio, en la Capital de la República, y funcionarán durante ciento veinte días (68). En los debates del Congreso sobre materias civiles y de procedimiento judicial tienen voz los magistrados de la Corte Suprema (84). El Presidente de la República dispone de seis días para devolver con objeciones cualquier proyecto, cuando éste no conste de más de cincuenta artículos; de diez días, cuando el proyecto contenga de cincuenta y uno á doscientos artículos; y hasta de quince días, cuando los artículos sean más de doscientos. Transcurridos estos términos, no podrá dejar de sancionarlo y promulgarlo (86). Cuando el Presidente no cumple el deber de sancionar las leyes constitucionalmente, debe hacerlo *el Presidente del Congreso* (89). Un proyecto objetado por el Presidente debe ser promulgado, si las Cámaras insisten por los dos tercios; pero si la objeción fuere de inconstitucionalidad, el proyecto pasa á la Corte Suprema para que en seis días resuelva sobre su admisión. El Presidente está obligado á sancionarlo, si el fallo de la Corte es afirmativo; y si es negativo, debe ser archivado el proyecto (88 y 90). Los Senadores y los Representantes duran en sus funciones, respectivamente, seis y cuatro años, y deben votar *consultando únicamente la justicia y el bien común* (95, 101 y 105). El Presidente *no puede conferir empleo á los Senadores y Representantes* durante el período de sus funciones y un año después, con excepción de algunos que se determinan, so pena de pérdida del puesto legislativo (109). Los Senadores y Representantes *no pueden hacer por sí, ni por interpuesta persona, contrato alguno con la Administración*, ni admitir de nadie poder para gestionar negocios que tengan relación con el Gobierno de Colombia (110). La responsabilidad del Pre-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sidente de la República, cuyo período es de seis años, puede hacerse efectiva *durante su gobierno*, pudiendo imponérsele la pena de destitución (122). La Corte Suprema se compone de siete magistrados: su Presidente se elige por la misma Corte y dura cuatro años; el magistrado que aceptare empleo del Gobierno pierde su puesto (146, 147 y 148). El sufragio se ejerce *como función constitucional.* El que sufraga ó elige *no impone obligaciones* al candidato, *ni confiere mandato* al funcionario electo (179). En los Departamentos rige la legislación particular de los antiguos Estados; pero de preferencia el Congreso deberá expedir una ley sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional (H, transitorio). La Religión católica, apostólica, romana, es la de la nación; los Poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social. Se entiende que la Iglesia católica *no es ni será oficial, y conservará su independencia*: no existe ni el patronato ni el exequatur (38). Nadie será molestado por razón de sus opiniones religiosas, ni compelido por las autoridades á profesar creencias ni á observar prácticas contrarias á su conciencia (39). Es permitido el ejercicio de todos los cultos *que no sean contrarios á la moral cristiana* ni á las leyes (40). La educación pública será organizada y dirigida en concordancia con la Religión católica. La instrucción primaria costeada con fondos públicos será *gratuita* y *no obligatoria* (41).

Por lo demás, esta Constitución se aparta del ideal que debe perseguir la legislación constituyente de un país: la brevedad. Consta de 210 artículos, fuera de quince transitorios. Muchísimos de ellos son materia de ley, y no deberían, por tanto, aparecer en la Constitución.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

COMENTARIO DEL TÍTULO PRELIMINAR Y DEL Título Primero del Libro Primero del Código de Comercio.

(Continuación)

1.º Repútanse actos de comercio, en primer lugar, LA COMPRA Y LA PERMUTA DE COSAS MUEBLES, HECHAS CON ÁNIMO DE VENDERLAS, PERMUTARLAS Ó ARRENDARLAS EN LA MISMA FORMA Ó EN OTRA DIVERSA, Y LA VENTA, PERMUTA Ó ARRENDAMIENTO DE ESTAS MISMAS COSAS.

La compra y la permuta *de cosas muebles*, hechas con ánimo de venderlas, etc., son contratos mercantiles. Del tenor literal de este precepto se desprenden dos consecuencias importantes: la primera, que todos los bienes mobiliarios, sin excepción, pueden ser objeto del acto de comercio á que este número se refiere; y la segunda, que los bienes raíces son ajenos en lo absoluto á las especulaciones que puedan realizarse por medio de aquellos contratos.

Una y otra conclusión deben estimarse de una incontestable evidencia. En donde el Código Francés hablaba de productos del suelo y mercaderías (denrées et marchandises), el nuestro dijo *cosas muebles*, innovación que da una gran latitud al precepto en el sentido de abrazar en el texto de la ley todos los bienes mobiliarios, los cuales se comprenden evidentemente en las expresiones generales empleadas en esta disposición.

Los bienes consisten en cosas corporales é incorporales, y las cosas corporales se dividen en muebles é inmuebles, en cuanto puedan ó no transportarse de un

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

lugar á otro; y como, además, siempre que por la ley se usa de la expresión *bienes muebles*, sin otra calificación, que es lo que sucede en el presente caso, se comprende en ella todo lo que abraza la definición recién citada (1), es claro que, al decir *cosas muebles*, la ley se ha referido á todos los bienes de esta naturaleza. Al mismo tiempo, por el hecho de indicar que las cosas muebles serían la materia de la compra y permuta mercantiles, el Legislador manifestó con claridad que la compra y la permuta de inmuebles, aunque fueran estipuladas con el propósito de especular por medio de la celebración de otro contrato, no constituirían actos de comercio.

La innovación relativa á las cosas muebles, obedeciendo á las necesidades de los tiempos presentes y á las exigencias de las especulaciones mercantiles, se ha conformado á la teoría de la jurisprudencia francesa, que atribuye á la palabra *marchandises* un alcance vastísimo, hasta el punto de sostener que con ella se expresan todos los bienes mobiliarios y aun el trabajo mismo del hombre, cuando se emplea, por medio de un contrato, en una especulación de comercio (2), lo que es llevar quizás demasiado lejos la libertad de la interpretación. Así como esa innovación merece aplausos, así la restricción concerniente á los inmuebles no tiene razón de ser, y sólo puede concebirse por el respeto tradicional, y á las veces inconsciente, á las antiguas legislaciones.

Comprar y permutar bienes raíces con el propósito de venderlos, permutarlos ó arrendarlos en la misma forma ó en otra diversa, pueden constituir y constituyen frecuentemente actos de comercio tan verdaderos y tan completos como los que se ejecutan cuando recaen los

(1) Arts. 565, 566, 567 y 574 del Código Civil.

(2) M. G. Massé. *Le Droit commercial dans ses rapports avec le droit de gens et le droit civil*, núms. 1386 y siguientes.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mismos contratos sobre las cosas muebles. Aquellos bienes son hoy día apropiados á muchas especulaciones mercantiles. La limitación contenida en el presente número, respecto de ellos, no es, por esta causa, conciliable con el estado actual del comercio ni con el inmenso desarrollo que han alcanzado sus operaciones. Aunque el acto más común en el comercio sea la especulación que consiste en el traspaso, bajo diversas formas, de cosas muebles, para celebrar después con ellas un nuevo contrato encaminado á producir una ganancia, la especulación comercial de inmuebles no es de ningún modo imposible ni siquiera desconocida, aunque el Código no le dé en este número vida legal.

La ley mercantil francesa, redactada á principios de este siglo, podía, sin mayores inconvenientes,—que no dejaba de tenerlos, como lo manifiesta el caso de interpretación que se acaba de citar,—referirse sólo á bienes muebles, á cierta clase de bienes muebles; mas la nuestra no debía seguirla literalmente en esta parte ni dejar de tomar en cuenta los adelantos conquistados en el tiempo transcurrido, ni el inmenso impulso que doquiera han adquirido las transacciones mercantiles. Separándose de la tradición en cuanto á los bienes mobiliarios, y abrazándolos en su totalidad, el Legislador patrio ha mantenido, sin fundamento, la exclusión de los inmuebles. Y es fácil comprobar con hechos la verdad de esta proposición.

Si se forma una sociedad, anónima ó colectiva,—y existen ejemplos de esta clase de sociedades,—que tenga por objeto comprar terrenos para construir en ellos edificios, y venderlos en seguida, buscando en estas diversas operaciones una ganancia, es evidente que una sociedad de esta especie no ejecutaría en la realidad de las cosas sino actos de comercio. Habría comprado para

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vender en otra forma y realizar de este modo una especulación. Es asimismo frecuente la formación de empresas destinadas á la adquisición de terrenos con el objeto de hacer en ellos construcciones apropiadas á habitación ó á tiendas y almacenes, ó de adquirirlos con las construcciones ya hechas y con el exclusivo fin de arrendarlas. Hé aquí un caso manifiesto de especulación sobre inmuebles, en que se compra para después arrendar. Una sociedad que compra terrenos para la construcción de un camino de hierro, por medio del cual se propone conducir pasajeros, productos y mercaderías, y forma una empresa de transporte calificada expresamente de mercantil por el número 6.º del artículo 3.º, ¿por ventura no ejecutaría un acto de comercio?

Podrían multiplicarse los ejemplos. Es evidente que estos diversos contratos constituyen, por su naturaleza y por sus fines, actos de comercio inequívocos, que la ley no ha reconocido, pero de que incuestionablemente no debió prescindir, atendida la vasta esfera de acción en que hoy día el comercio ejercita su actividad. Que las operaciones mercantiles ordinarias y más frecuentes sean las que se proponen el traspaso, en diversas formas, de las cosas muebles, es una verdad que ya hemos reconocido; mas este hecho no obstaba á que los bienes raíces pudieran ser también, por su parte, objeto de la especulación mercantil. Al adelantar en el estudio del artículo 3.º llegará la ocasión de poner en evidencia que, apesar de la restricción contenida en el número 1.º, y dentro de la propia economía del sistema adoptado por el Código, los inmuebles no son ajenos á la contratación comercial, como oportunamente se demostrará al examinar los números 2.º, 6.º y 11.º del artículo 3.º

Es tal la fuerza de los hechos, tan poderosa su influencia aun respecto de la creación, á veces ficticia, de la ley,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que la jurisprudencia práctica de los tribunales franceses, en la aplicación de su restrictiva ley mercantil, ofrece casos en que las especulaciones sobre inmuebles han sido declaradas de la competencia de los tribunales de comercio, y por lo tanto constitutivas de actos mercantiles (1).

En corroboración de esta doctrina pueden citarse comentadores que sostengan que el espíritu del Código Francés no se opone, no obstante la limitación de su texto, á que los bienes raíces sean apropiados á las transacciones del comercio (2).

Conocida la inteligencia que atribuimos á la regla de este número relativa á la condición no comercial de los inmuebles, se comprenderá fácilmente que, al hacer las dos referencias que preceden, no ha sido nuestro ánimo pretender que la compra y la permuta puedan abrazar también á los bienes raíces. Nuestra ley mercantil puede ser y es, sin duda, en esta parte deficiente; pero su tenor es claro, y no es lícito en este caso desentenderse de él á pretexto de consultar su espíritu. Lo que hemos querido manifestar es que, permaneciendo la ley estacionaria al lado de los hechos que se desarrollan y crecen, tiene que producirse una lucha en que no siempre toca la mejor parte al respeto y majestad de la ley, ó en que esta pueda convertirse en una rémora del progreso.

No son escasas ni de poco valer las opiniones que afirmen que no se consultan los principios verdaderos al establecerse que los bienes raíces son impropios de las contrataciones del comercio. Un sabio autor, Troplong,

(1) Véanse los Códigos anotados de Sirey en las notas relativas á los artículos 631 y 632 del Código de Comercio.

(2) *Las operaciones que se ejecutan sobre inmuebles son actos de comercio* por Eujenio Garsonet, REVUE CRITIQUE DE LÉGISLATION ET JURISPRUDENCE, de octubre y noviembre de 1869.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

junto con reconocer que en el estado actual de la legislación francesa, los inmuebles no pueden ser objeto de comercio, se queja de lo que él llama un vacío. *No divisa por qué motivo no se consideraría comerciantes á los que tratan á la propiedad raíz como una mercadería* (1).

Los argumentos que de ordinario se alegan en defensa de la doctrina contraria, bien considerados, carecen completamente de fuerza, y en realidad sólo se inspiran y fundan en una tradición que ya es tiempo de abandonar. Se dice que los bienes raíces son impropios de formar parte de las operaciones del comercio, porque no pueden ser transferidos sino *por medio de escritura pública, inscripción, y á veces mediante otras varias formalidades, lentas y meditadas todas ellas, que se avienen mal con la sencillez y celeridad que dominan en el comercio* (2).

Si tal razón, que es la que, por punto general, emplean los comentadores franceses para sostener que los inmuebles no pueden ser objeto de los actos de comercio, fuera atendible, y bastante á justificar la verdad ó conveniencia de esta proposición, las consecuencias lógicas que de ella se originan nos llevarían á un extremo verdaderamente inadmisible. Si los inmuebles no pueden revestir carácter mercantil en virtud de las diversas formalidades necesarias para transferirlos, no se concibe la existencia del conservador de comercio en que deben practicarse las inscripciones ordenadas por el Reglamento que se dictó en conformidad á los artículos 20 y 21 del Código, ni el protesto de las letras de cambio con las varias formalidades prescritas en los ar-

(1) M. G. Massé. *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil.*

(2) Ugarte Zenteno. *De los actos de comercio en su relación con la competencia de jurisdicción.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tículos 727 y 732, ni la escritura pública con que debe justificarse el dominio de la nave contra terceros, según la disposición del artículo 833, ni la inscripción en el Registro que debe llevarse en la Comandancia General de Marina para los efectos de la matrícula marítima, en virtud de la ley de junio de 1878. Todas estas formalidades deberían suprimirse como incompatibles con las operaciones comerciales. Todas ellas, así como las concernientes á la legalización de las sociedades colectivas y anónimas, y aún como la obligación que pesa sobre todos los comerciantes de llevar una contabilidad minuciosa y clara, imponen el cumplimiento de trámites que serían, sin duda alguna, como los requisitos exigidos para el traspaso de los inmuebles, igualmente incompatibles con la sencillez y celeridad que dominan en las operaciones del comercio, y podría decirse con igual fundamento que forman un obstáculo verdadero á su expedición. Algunas de esas formalidades, por ejemplo las relativas á la constitución de la propiedad de las naves y á su matrícula, y á la legalización de las sociedades, no son más breves ni menos engorrosas que las que se requieren para la constitución de la propiedad raíz. Se ha creído, sin embargo, que por medio de ellas se consulta un interés de mayor importancia, y no se ha vacilado en establecerlas, sin temor de sancionar reglas contrarias á la índole de las transacciones del comercio, ni de que éstas perdieran nada de su carácter peculiar.

Las formalidades necesarias para la transferencia de los bienes raíces no constituyen, por consiguiente, una razón suficiente, ni siquiera especiosa, en el sentido de sustraer del comercio esta clase de bienes, sobre todo cuando esas formalidades no son siempre indispensables, como sucede, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento. Aunque así no fuese, desde que existe el hecho

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que establece la posibilidad, diremos más, la realidad del carácter mercantil que pueden revestir los inmuebles, al estatuir sobre los actos de comercio la ley debía haberlo tomado en consideración, cuidando al mismo tiempo de facilitar las transacciones con la supresión de todas las trabas que no fueran estrictamente necesarias.

Téngase presente además que, si se examina el sistema general seguido por la ley mercantil, y se le compara con el sistema del derecho común, resalta palpablemente esta particularidad: que la primera exige de ordinario más requisitos y más fórmulas que el segundo; que la tendencia de aquélla es que todos los actos y operaciones comerciales consten por escrito, lo que no es tan general en los negocios civiles. Recuérdense, entre otras, las reglas relativas á las sociedades, á la fianza, al mandato de los factores y dependientes, á la obligación de llevar libros de contabilidad. Puede afirmarse, en consecuencia, que la ley comercial es más exigente en punto á formalidades que la ley civil y, por lo mismo, que no puede derivarse un argumento contra la calidad mercantil que corresponde á ciertos actos de la circunstancia de que se exija para su validez la concurrencia de más ó menos trámites, respecto de los cuales, como se ha visto, no es parsimonioso el Código de Comercio.

Dedúcese también, en otro orden de ideas, en pro de la teoría que combatimos, otro argumento que no vale más que el anterior, y que se hace emanar de lo que se califica definición del comercio. Se raciocina de esta manera: *Económicamente hablando, el comercio no es otra cosa que el transporte de las mercaderías de un lugar á otro, ó en otros términos, el comercio pone á nuestro alcance los objetos de nuestras necesidades, que sin él no alcanzarían éstos á satisfacerlas, lo que, con toda evidencia, no puede entenderse sino de los objetos mobiliarios. Jurí-*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dicamente hablando, no hay uno solo de los actos que los artículos 632 y 633 del Código Francés colocan entre los actos de comercio, que pueda aplicarse á los inmuebles, y que no se aplique, por el contrario, directa y necesariamente á los muebles. (1)

Con relación á la definición jurídica, nos limitaremos á observar que, objetando en este punto la restricción de la ley francesa, no podemos aceptar que se resuelva la dificultad con el texto mismo que rechazamos. Es natural y lógico que, excluyendo en lo absoluto del comercio á los inmuebles, la ley citada dé origen á una definición (que queremos suponer libre de toda tacha) en que sólo figuren las cosas muebles.

En lo que respecta á la definición económica, ella nada puede probar contra la evidencia abrumadora de los hechos. Significará, á lo sumo, que se ha creído con algún fundamento durante un espacio de tiempo más ó menos largo, sobre todo en una época en que el comercio no era lo que ha llegado á ser en el día, que la función mercantil consiste en poner los productos y mercaderías á el alcance de los consumidores para la satisfacción de sus necesidades; pero no puede comprobar que, cuando la índole peculiar á los actos de comercio se encuentra en la operación efectuada sobre un inmueble, no se haya efectuado con éste un verdadero acto mercantil.

Por otra parte, el transporte de los efectos podrá ser frecuentemente necesario para llevar á ejecución las operaciones del comercio; pero no debe afirmarse que sea siempre absolutamente indispensable para este objeto. Muchas transacciones pueden consumarse sin la concurrencia de este requisito. Si *el comercio consiste en los*

(1) M. G. Massé. *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

diversos actos y negociaciones que tienen por objeto realizar beneficios, sea efectuando en las materias primas preparaciones y transformaciones que aumenten su valor, sea operando y facilitando los cambios de productos de la naturaleza ó de la industria (1), definición que es mucho más completa y exacta que la anterior, y que manifiesta que en esta materia las ideas de los comentadores pueden diferir considerablemente unas de otras, parece incuestionable que esas preparaciones ó transformaciones, efectuadas en las materias primas para aumentar su valor y realizar beneficios, pueden operarse y se operan también con frecuencia en los inmuebles, como lo hemos manifestado palmariamente en varios de los diversos casos prácticos ya dichos.

Aceptando que ninguna de las muchas definiciones del comercio que corren en los libros de derecho mercantil cuadrara á nuestro propósito, ello solo revelaría que la verdadera definición está por hacerse, y de ningún modo que con los inmuebles no se puede ejecutar ningún acto de comercio.

El comentador del Código de Comercio Español, González Huebra, ocupándose de la compra-venta, sostiene en esta materia una opinión, que si bien en sus conclusiones contraría nuestra tesis, la apoya, en realidad, con sus argumentos. "No están conformes todos los autores, dice este comentador, con la decisión de nuestro Código que, á imitación de lo establecido en el Francés, excluye de la contratación mercantil los bienes inmuebles, sino que, por el contrario, son muchos y muy respetables los que creen que estas legislaciones se separan de los verdaderos principios, por no encontrar razón fundada para que no sean tenidos por comerciantes los que

(1) Rivière, *Répetitions écrites sur le Code de Commerce.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se ocupan en contratar sobre inmuebles, como sucede con los particulares y las sociedades que se dedican á comprar edificios y terrenos para volverlos á vender como lós adquieren ó después de haberlos transformado, reparado ó modificado: *nosotros convenimos desde luego en que los que se dedican á estos negocios hacen una operación de tráfico que puede equipararse á la del comerciante, que facilita productos* al consumidor; y creemos que así la legislación administrativa como la concerniente á la Hacienda pública deben tener en cuenta esta especulación, ya para fomentarla cuando convenga, concediéndole exenciones, ya para gravarla con los impuestos que corresponda; mas en cuanto á las formalidades y requisitos que deben intervenir en la celebración de estos contratos, nos parecen más conformes á la natura leza de la cosa sobre que recaen y á los derechos que producen las prescripciones del derecho común, que no las de la ley de comercio, y no consideramos suficiente para establecer una excepción en esta materia, la circunstancia de que por uno solo de los contratantes se hayan celebrado por vía de especulación, como sucederá casi siempre» (1).

Rindiendo homenaje á la verdad, cual cumple á un comentario serio, se reconoce que, cuando se contrata sobre inmuebles, adquiriéndolos para volverlos á vender en la misma forma ó en otra diversa, se ejecuta, en realidad, una operación de tráfico que puede equipararse á la del comerciante, que facilita productos al consumidor; y apesar de establecerse este antecedente, no se llega á la conclusión que de él naturalmente debe deducirse, á saber, que la especulación sobre bienes raíces, siendo análoga á los actos de comercio de cosas muebles, debe

(1) González Huebra, *Curso de Derecho Mercantil.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tener el mismo carácter y estar sujeta á los mismos preceptos que estos actos; sin que sea parte á rechazar esta consecuencia la consideración apuntada al final de las líneas transcritas, y según la cual en la especulación mercantil de inmuebles casi siempre sólo existirá este carácter en uno solo de los contratantes. Esta circunstancia es efectiva, mas ella nada significa en abono de la teoría sustentada en aquel comentario. Como ya se ha visto, y lo estatuye expresamente el Código, los actos de comercio no exigen por necesidad que las dos partes que los ejecutan se propongan especular con la celebración de un nuevo contrato; basta que una de ellas tenga este ánimo; y en este caso son también mercantiles, y quedan sometidos á las reglas del Código en la forma y con la limitación que antes hemos indicado.

Antes que todos estos razonamientos y sobre todos ellos, está un hecho que es el mejor comprobante de que el principio que defendemos respecto de los bienes raíces es el que más se conforma al progreso de la legislación mercantil.

Ya dijimos, al estudiar el artículo 1.º, que la Italia ha reformado recientemente su Código de Comercio. En esta reforma, efectuada en vista de los últimos adelantos de la ciencia legal, se ha introducido la innovación que debió, á nuestro juicio, consignarse en el Código. Se ha preceptuado en ella que *las compras y reventas de bienes inmuebles, cuando se verifiquen con ánimo de especulación mercantil, son también actos de comercio.* Los motivos de esta reforma están expresados en la *Relación Ministerial* al Senado, que pasamos á transcribir íntegramente para que no pierdan nada de su fuerza, que en verdad es incontrastable. Dice así la *Relación Ministerial:* «Cualquiera que sea la esencia elemental de la función mercantil, ya consista en facilitar y multiplicar las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

relaciones entre productores y consumidores, ya en la transformación de las primeras materias de la naturaleza con la industria humana, ó en la creación de nuevos valores en virtud de la asociación del capital con el trabajo, es fácil notar que siempre podrá ejercitarse esta función, no menos sobre inmuebles que sobre muebles, y que en el desenvolvimiento de la moderna vida económica, la propiedad inmueble se convierte, con no escasa frecuencia, en poderoso y fecundo instrumento de especulaciones mercantiles. Bastarían para demostrarlo las sociedades que continuamente se establecen en las grandes capitales y plazas comerciales, y uno de cuyos medios estriba precisamente en estas compras y reventas de terrenos propios para la edificación, ó ya cubiertos de nuevos edificios.

«No es obstáculo que los inmuebles no sean transportables de un sitio á otro, como si esto significase un elemento esencial á toda operación de comercio. Basta, al efecto, que los bienes inmuebles se presten á la circulación, que alimenta la vida mercantil y acrecienta muchas veces el valor en cambio de la riqueza; apropiándola mejor á las humanas necesidades, ó modificando las relaciones entre la oferta y la demanda. Deséchense, pues, vanos perjuicios y errores inveterados, y prevalezca el hecho incontrastable de que la especulación sobre la circulación de inmuebles ha entrado de lleno en las costumbres comerciales, y será abundante en provechosos resultados. Ni ha de atenderse tampoco á las disposiciones civiles que vigilan con beneficiosa escrupulosidad la propiedad inmueble, rodeándola de toda suerte de garantías, que sin entrar en el examen de la diversidad de protección otorgada por unas y otras leyes, reliquia tal vez de antiguas preocupaciones políticas arraigadas en los viejos Estados, como restos que son de civilizaciones remotas, incompatibles

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

con el régimen actual de las sociedades; ni poner en evidencia la timidez de esa misma legislación civil ante toda innovación radical; no hemos de negar que con prudencia reclame peculiares formas y medios de prueba en la contratación sobre inmuebles, y con justicia robustezca el sistema hipotecario, sin cuyo acertado mecanismo carecería el crédito territorial de la necesaria seguridad; garantías que el proyecto tuvo exquisito cuidado de respetar, creyéndolas, con completa razón, compatibles con la índole del actò mercantil, como lo demuestran las disposiciones poco desemejantes que regulan, por igual, en el Código de Comercio la enajenación de las naves y las anotaciones y transcripciones que son su consecuencia.»

Con sobrada justicia el escritor de cuyo trabajo hemos copiado las precedentes líneas, agrega: «Ilustración más clara de la nueva disposición, bajo los aspectos jurídico y económico, no podría desearse. El Legislador Italiano ha comprendido la necesidad de extirpar muchos abusos y de adaptar el tráfico sobre inmuebles al de bienes muebles, siempre que se dé la condición esencial, como dice la *Relación ministerial, de que la operación, ó más comunmente, una serie de operaciones semejantes por su naturaleza y extensión, ó por el destino de los edificios, y en todo caso, por la intención de las partes, se propongan un fin mercantil, cuya apreciación corresponderá* á los tribunales.» (1)

Hé aquí la más elocuente confirmación de la doctrina que, en orden al carácter comercial que pueden tener los inmuebles, hemos venido sosteniendo desde la primera publicación de este trabajo; teóricamente en la parte de la *Relación Ministerial* recién copiada, y prácticamente en el precepto del nuevo Código Italiano.

(1) Vitalevi. *Los actos de comercio en el nuevo Código Italiano.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En resumen, nos parece incuestionable que no existe ninguna consideración de conveniencia pública ni privada que aconseje mantener la restricción relativa á la compra y permuta comerciales de bienes raíces; que esta restricción pugna con la existencia de muchas especulaciones única y esencialmente mercantiles; y que, por consiguiente, no debe subsistir en el Código. Pretender que los mismos principios rijan operaciones idénticas, que la índole comercial sea reconocida siempre que nazca de un acto que lleve claramente marcado el propósito de especulación que es la base que da la ley al comercio, cualquiera que sea la clase de bienes sobre que recaiga, no es más que perseguir la realización de una obra de lógica, perfectamente conforme á los principios que deben prevalecer en las disposiciones legales.

De que la compra y la permuta, para constituir actos de comercio, no estén limitadas á los productos del suelo y á las mercaderías, y puedan comprender toda clase de cosas muebles, se desprende que el comercio, que principalmente se ejercita en el contrato de compra-venta, abraza una vastísima esfera de acción. No se concreta á hacer objeto de sus operaciones los artículos necesarios á la subsistencia y conservación del hombre y de los seres que le rodean y de que se sirve, y al ejercicio de todas las industrias. El campo de la especulación mercantil es inmenso. Una de sus operaciones más importantes y frecuentes es hoy día la compra-venta de acciones de sociedades anónimas, de efectos públicos y de documentos privados de toda clase. Siempre que, por medio de la adquisición de aquellos artículos, ó de estos documentos, se proponga el comprador realizar una especulación celebrando un nuevo contrato, cualquiera que sea el origen y naturaleza de las cosas muebles compradas, el carácter comercial del acto es, á nuestro modo de ver,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

incontestable. No importa que, tratándose, por ejemplo, de negociación de efectos públicos, recaiga la compra sobre documentos de condición puramente civil, como bonos de un empréstito fiscal. Lo que constituye la esencia del acto de comercio no es la calidad comerciable de la cosa que se adquiere, ni la circunstancia de encontrarse en el comercio, ó de tener relación con él ó deberle su origen, sino la índole especial de la misma adquisición, hecha con el ánimo de desprenderse después del dominio ó de la tenencia de la misma cosa adquirida, para obtener por este medio un lucro. Por esta razón el comerciante que gira en venta de cereales y compra á un agricultor el trigo de su cosecha, adquiere una cosa que no estaba aún en el comercio y con cuya enajenación no ejecuta el agricultor un acto mercantil. Del mismo modo, el pagaré procedente de un negocio común descontado por un especulador para ganar un interés subido y conseguir con su aliciente un ventajoso traspaso, el título fiscal adquirido con el mismo fin, la acción de una sociedad anónima civil comprada con la expectativa de que su valor se acreciente para obtener en su enajenación un precio más elevado, habrán servido, como en el caso anterior, respecto del adquirente, para efectuar verdaderos actos de comercio, á pesar de tratarse de cosas muebles que no existían en el comercio ni que le deben su origen, pero que han sido compradas con el fin de venderlas y alcanzar una utilidad con la enajenación. La ley se ha referido en este número á cosas muebles en general, y no concebimos que se puedan hacer distinciones que tengan un fundamento en su texto y no lo contradigan. (1)

(1) Tratándose de un punto de Derecho mercantil, casi es excusado que expresemos que, al hablar de cosas que *no están en el comercio*, no nos referimos á la idea contenida, entre otros, en el artículo 1461 del Código Civil, según el cual es menester que las cosas sean comerciables para que puedan

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La especulación, cuya tendencia marcada es no dejar de obrar sobre ninguna clase de valores, puede comprender también los derechos y las acciones. Siendo unos y otras bienes muebles ó inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse ó que se debe (2), parece evidente que, atendida la teoría seguida en esta parte por el Código, sólo se ejecutará acto de comercio cuando se especule sobre derechos y acciones muebles. Aunque la regla, en cuanto los reputa inmuebles, sea una ficción de la ley, será necesario aplicar el principio que rige la compra y la permuta, principio que teóricamente no aceptamos, pero cuya fuerza legal no podemos desconocer.

José Alfonso.

(Continuará)

SUCESIÓN DE LOS ASCENDIENTES; ERROR DE una de las notas anexas al Código Civil

Nos permitimos someter á la consideración de los lectores de la Revista un error que nos ha parecido encontrar en las notas que, como fuentes del Código Civil, dejó escritas su sabio autor. Siendo éstas de tanta importancia para consultar el origen ó interpretación del texto de la ley, siempre será de interés su estudio, como complemento del Código mismo.

La nota referente al artículo 1,184 es una explicación práctica de la formación de la legítima rigorosa, de la

ser objeto de una declaración de voluntad. Tomamos naturalmente la palabra *comercio* en su acepción especial y limitada, en la que le atribuye el Código de Comercio que indica y reglamenta los diversos actos de una industria determinada.

(2) Artículo 580 del Código Civil.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cuarta de mejoras y de libre disposición, según sean los legitimarios que concurran.

"Supongamos, se dice, una masa de 24,000 pesos... El difunto no ha dejado hijos, sino ascendientes, es á saber, su padre y dos abuelos de la línea materna. Abintestato, el padre heredaría 16,000 pesos y cada uno de los dos abuelos 4,000. La legítima rigorosa del primero es 8,000, y la de cada uno de los otros, 2,000."

Según esta explicación, el padre, ascendiente de grado más próximo del difunto, heredaría las dos terceras partes y los dos abuelos de la línea materna la parte restante. La legítima rigorosa de cada uno de ellos, en su caso, sería la mitad.

Pues bien, es esta distribución la que consideramos un tanto caprichosa y contraria al precepto claro que establece el artículo 989.

Dispone este artículo, entre otras cosas, que "si el difunto no ha dejado posteridad legítima, le sucederán sus ascendientes legítimos de grado más próximo". Y el cuarto inciso del mismo artículo dice: "Habiendo un solo ascendiente en el grado más próximo, sucederá éste en todos los bienes, ó en toda la porción hereditaria de los ascendientes".

La cuestión que se presenta es cómo distribuir la herencia, no habiendo más ascendientes que el padre y dos abuelos maternos del difunto.

Á nuestro humilde juicio, creemos que no debe hacerse la distribución en la forma que se indica en la nota del artículo 1,184, ya citada.

Por el artículo 989 se llama á los ascendientes legítimos de grado más próximo; por consiguiente, habiendo padre ó madre vivos, excluyen á los abuelos, de grado más remoto. Y si lo dispuesto en el inciso primero de dicho artículo diese lugar á duda, ésta no tendría razón

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de ser, dado el precepto tan claro y terminante del cuarto inciso en orden á que, habiendo un solo ascendiente en el grado más próximo, sucederá en toda la porción hereditaria de los ascendientes. Éste es precisamente el caso que estudiamos: sobreviviendo el padre y los dos abuelos maternos del difunto, no existe más que un solo ascendiente en el grado más próximo; luego entonces, éste sucederá en toda la porción hereditaria.

El caso contrario al contemplado en el inciso cuarto del artículo 989 sería el en que sobreviviese al difunto el padre y la madre; entonces la porción hereditaria se dividiría entre ellos por iguales partes. Pudiera también presentarse otra situación: Que, no habiendo ascendientes en el grado más próximo, esto es, padre ó madre, existiesen abuelos, aunque fuesen dos de una línea y uno de la otra; la herencia en este caso se repartiría por iguales partes entre todos, por cabezas y no por líneas ó estirpes, como quiera que el derecho de representación no se extiende á la ascendencia del difunto.

***

Dadas las reglas relativas á la sucesión intestada, á las que se refieren los artículos 1,183 y 1,184, que hablan de los legitimarios, no comprendemos de qué base pueda partir la nota de este último artículo para distribuir, en una masa de 24,000 pesos, al padre 16,000 y á los dos abuelos de la línea materna 8,000 pesos, esto es, las dos terceras partes al primero, y la restante á los abuelos, toda vez que en ese caso corresponde al padre, único ascendiente en el grado más próximo, toda la porción hereditaria de los ascendientes.

Pero si no existiera la disposición contenida en el artículo 989, y si los abuelos de la línea materna debie-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ran tener parte en la herencia en concurrencia con el padre del difunto, la distribución, para ser lógica, debía conferir al padre la mitad y la otra mitad á los abuelos. Esta es, al menos, la distribución que se adopta en las legislaciones en que la sucesión de los ascendientes se verifica por líneas ó estirpes.

Por esto, nos hemos permitido calificar de un tanto caprichosa la distribución de dos terceras partes al padre, y de otra á los abuelos, que se hace en la nota que comentamos.

Excusado parece advertir que todo lo que hemos dicho, al ponernos en el caso de un padre en concurrencia con dos abuelos de la línea materna, puede aplicarse en la situación de una madre en concurrencia con dos abuelos de la línea paterna.

Si nosotros estuviésemos en la verdad, de desear sería que voces más autorizadas manifestasen la conveniencia de enmendar esta nota en las futuras ediciones del Código Civil; porque ella es ocasionada á confusión y contraria á la enseñanza del texto.

***

Aunque nuestro propósito ha sido sólo llamar la atención al estudio del punto á que nos hemos referido, se nos dispensará que completemos el presente artículo con algunas someras reflexiones en orden al llamamiento que hace la ley á los ascendientes legítimos en la sucesión testamentaria ó intestada.

En la primera, los ascendientes son legitimarios á falta de descendientes; y, como los legitimarios concurren según el orden y las reglas de la sucesión intestada, cabe estudiar sólo la disposición del artículo 989 del Código Civil y ponernos en el mismo caso contemplado más

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

arriba de la concurrencia de varios ascendientes legítimos.

Hemos expuesto ya nuestra humilde opinión sobre la inteligencia que debe darse á este artículo, contraria á la indicada en la nota referente al artículo 1,184.—Habiendo padre y madre, se repartirán la herencia del difunto por iguales partes; lo mismo sucederá faltando aquéllos y existiendo abuelos en el grado más próximo; pero, concurriendo el padre ó la madre con abuelos, aquél ó aquélla sucederán en toda la porción hereditaria de los ascendientes.

Aunque ésta es, á nuestro entender, la interpretación del artículo que comentamos, no creemos estrictamente justa la disposición que contiene. Á este respecto, preferimos la que establecía el primitivo Proyecto de la Comisión de Legislación, en el artículo 13 del título 2.º del libro de la sucesión por causa de muerte: «Si el difunto no ha dejado posteridad que tenga derecho á sucederle, le sucederán sus ascendientes legítimos de ambas líneas. El ascendiente ó ascendientes del más próximo grado en la línea paterna, heredarán la mitad de los bienes, y el ascendiente ó ascendientes del más próximo grado en la línea materna heredarán la otra mitad.»

La herencia se dividía, pues, entre los ascendientes por líneas. Así en el caso que hemos citado (nota del artículo 1184) de un padre en concurrencia con dos abuelos de la línea materna, habría correspondido al padre la mitad de los bienes, y la otra mitad á los abuelos.

El ilustre redactor del Proyecto, en la nota puesta al recordado artículo 13, se expresaba en estos términos: «Esta disposición difiere de nuestras leyes actuales. Si sobreviven la madre y un abuelo paterno, nuestras leyes excluyen al abuelo paterno, y dan todos los bienes á la madre. *Pero no parece haber motivo racional para la ex-*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

clusión de toda una línea de ascendientes.» (Cood, *Antecedentes del Código Civil.)*

Y, en verdad, si una persona hereda no sólo al padre, sino á los abuelos, no comprendemos por qué éstos han de ser excluidos en la herencia del nieto. ¿Por qué el padre, en el caso citado, ha de tener el derecho de llevarse toda la porción hereditaria de los ascendientes, dejándose sin parte á los abuelos maternos?

***

El Proyecto de la Comisión seguía, más ó menos, lo dispuesto en el artículo 746 del Código Napoleón, que es del tenor siguiente: «Si el difunto no dejó ni posteridad, ni hermanos, ni descendientes, la herencia se divide por mitad entre los ascendientes de la línea paterna y los de la materna. El ascendiente que está en grado más cercano, adquiere la mitad *perteneciente á su línea* con exclusión de los demás».

Es de advertir que el Código Francés, como otros Códigos modernos, admite la concurrencia de los hermanos con el padre y la madre y demás ascendientes, «salvo en las cosas dadas por éstos al hijo muerto sin posteridad».

Como lo enseña Goyena, en los comentarios á su Proyecto de Código Civil Español, «la variedad y discordancia de los Códigos modernos en la sucesión de la línea recta ascendente llega hasta el caos».

No siendo nuestro propósito hacer un estudio completo de la materia, aunque el campo sea vasto, nos limitamos solamente al caso que hemos propuesto.

Nuestro Código, en este punto, no aceptando lo establecido en el Proyecto de la Comisión, á que nos hemos referido y separándose del Código Francés y de los de-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

más que lo han seguido en esta parte, es conforme con aquel Proyecto de Código Español.

Según este Proyecto (artículo 765), «si existen padre y madre del difunto, le heredan por partes iguales. Existiendo uno solo de ellos le hereda en el todo». El art. 766 dice: «Á falta de padre y madre del difunto, le heredarán los demás ascendientes más próximos en grado, y en partes iguales, aunque sean de distintas líneas».

Era casi la misma legislación de la ley 4.ª. título 13, Partida 6.ª, corregida por las leyes 1.ª y 2.ª, título 20, libro 10 de la Novísima Recopilación, que excluyeron á los hermanos de la herencia de los ascendientes.

Según esa legislación, el ascendiente más cercano en grado, excluía al más distante; de consiguiente, existiendo padre ó madre, quedaban excluidos los abuelos de distinta línea. Se varió sí aquella legislación en orden á la sucesión por líneas; cuando faltaba el padre y la madre, y existían dos abuelos de una línea y uno solo de la otra, se dividía la herencia en dos mitades, sacando éste tanto cuanto los dos primeros. Esto no era justo, desde que los tres abuelos estaban en igual grado y en igualdad de cariño respecto del difunto; y se adoptó, en consecuencia, el orden de sucesión por cabezas.

FORTUNATO VENEGAS.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

RELACIONES RECÍPROCAS ENTRE LA PRENSA Y LA LEGISLACIÓN

(Continuación)

IV

CÓDIGO DE MINERÍA

También este Código reclama y ordena el uso de la prensa, como puede verse en las disposiciones que siguen:

1. La manifestación del hallazgo ó mina debe hacerse ante el juez, quien mandará registrarla y publicar el registro (art. 29).

Esta publicación se hará insertándolo en un periódico del departamento, si lo hubiere, por tres veces de diez en diez días (art. 30).

Esta misma publicación se hará al ratificar el registro, según lo determina expresamente el inciso último del artículo 34.

2. Deberán publicarse en la misma forma las solicitudes de pertenencias para explorar la veta (art. 45) y las que tienen por objeto el abandono de una mina (artículo 50).

3. Igual publicación deberá hacerse del denuncio de mina despoblada (arts. 69 y 70).

4. El requerimiento al socio moroso que no habite, ni tenga representante en el departamento, deberá hacerse publicar por tres veces, de diez en diez días, á lo menos, en uno de los periódicos que el juez señalare, si los hubiere en el departamento (art. 180).

En esta misma forma puede hacerse la convocación

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

para las deliberaciones, expresándose el objeto de la convocación (arts. 187 y 188).

V

CÓDIGO PENAL

1. El reparto de impresos sediciosos, ó excitando al pueblo á la revuelta, es, á los ojos de la ley penal (artículo 123), un crimen que castiga con las penas de reclusión mayor, confinamiento mayor, ó extrañamiento mayor en cualquiera de sus grados.

2. Los delitos relativos al libre ejercicio del sufragio y á la libertad de emitir opiniones por la prensa, se clasifican y penan respectivamente por las leyes de elecciones y de imprenta (art. 137).

3. Sufrirá la pena de suspensión en sus grados mínimo á medio, si gozare de renta, y la de reclusión menor en su grado mínimo, y multa de ciento á mil pesos, cuando prestare servicios gratuitos, el empleado público que arbitrariamente:

1.º Impidiere la libre publicación de opiniones por la imprenta en la forma prescrita por la ley... (art. 158).

4. La calumnia propagada por escrito y con publicidad, será castigada (art. 413) con las penas de crimen ó delito, según la naturaleza criminal del hecho calumniosamente imputado (art. 413).

Las injurias, en las mismas condiciones, tienen las penas de reclusión mayor ó menor, y multa más ó menos elevada en su cuantía (art. 418).

Mas ¿cuándo se dice que la calumnia ó la injuria son hechas por *escrito y con publicidad?* El art. 422 responde que cuando se propagan por medio de carteles ó pasquines fijados en los sitios públicos, por papeles impresos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no sujetos á la ley de imprenta, litografías, grabados ó manuscritos comunicados á más de cinco personas, ó por alegorías, caricaturas, emblemas ó alusiones reproducidos por medio de la litografía, el grabado, la fotografía ú otro procedimiento cualquiera.

Respecto de las calumnias ó injurias publicadas por medio de periódicos extranjeros, podrán ser procesados los que, desde el territorio de la República, hubieran enviado los artículos, dado orden para su inserción, ó contribuido á la introducción ó expendición de esos periódicos en Chile con el ánimo manifiesto de propagar la calumnia ó injuria (art. 425).

VI

LEY ORGÁNICA DE LOS TRIBUNALES

1. Este Código comienza por establecer en su art. 8 que «los actos de los Tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley».

Así, pues, donde no existe una excepción expresa y literal, la prensa puede ejercer su misión en todo acto judicial no sometido esencialmente al secreto, cuales son los sumarios, investigaciones judiciales y acuerdos, respecto de los cuales el art. 94 establece que se celebrarán privadamente.

2. El art. 122 ordena al Ministro de Justicia haga publicar en el periódico oficial y anualmente, las listas de los jueces y abogados idóneos para ocupar los puestos judiciales que vaquen, las cuales deben remitir al Ministerio antes del 15 de enero, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema.

3. Los archiveros, según el art. 385, núm. 5.º, tienen la obligación de formar y publicar, dentro del término

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que el Presidente de la República señale en cada caso, los índices de los procesos y escrituras con que se instale la oficina; y en los meses de marzo y abril, después de instalada, los correspondientes al último año. Estos índices serán formados con arreglo á las instrucciones que dén las respectivas Cortes de Apelaciones.

VII

DERECHO ADMINISTRATIVO

Ley de Elecciones.—1. Ordena estrictamente la publicación:

1.° De la lista de mayores contribuyentes formada por los funcionarios respectivos (art. 4).

2.° De la sentencia que en ella recaiga (art. 7).

3.° De la lista definitiva que resulte de la resolución de los Tribunales de alzada (art. 10).

4.° El resultado de la reunión celebrada para elegir la comisión ejecutiva de las calificaciones (art. 16).

5.° El nombramiento de vocales de juntas calificadoras (art. 20).

6.° Los registros electorales (art. 49).

7.° La elección de miembros de la junta escrutadora (artículo 56).

8.° El acta de la reunión de la junta escrutadora de la elección (art. 71).

Ley Orgánica de las Municipalidades.—1. Prescribe el art. 74:

"Los anuncios para subasta de bienes raíces se publicarán por lo menos tres meses antes del día en que deba verificarse aquélla... La misma regla se aplicará para los trabajos ú obras municipales que deben ejecutarse

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se por subasta y para los remates de ramos de arbitrios.»

Conforme á este precepto, debe anunciarse por la prensa:

1.º La enajenación de los bienes raíces municipales (artículo 66).

2.º El arriendo de los mismos (art. 69).

3.º La enajenación de censos (art. 72).

4.º El arriendo de ramos de entradas (art. 83).

5.º Los trabajos ú obras cuyo presupuesto exceda de mil pesos (art. 92).

2. La misma ley ordena (art. 89) asignar de preferencia fondos en el Presupuesto:

«2.º Para la publicación de los Presupuestos, cuenta de inversión y de las ordenanzas de policía.»

3. Y el art. 120 dispone literalmente lo que sigue:

«Se publicarán por la prensa, y, siempre que sea posible, por la de la misma provincia:

«1.º Los presupuestos de gastos;

«2.º La cuenta general de inversión de los fondos presupuestados;

«3.º Las ordenanzas ó reglamentos municipales que establecen reglas;

«4.º El movimiento mensual de la caja municipal;

«5.º Las condiciones acordadas por la Municipalidad para las enajenaciones de bienes municipales, para su arriendo, para la subasta ó para remates de ramos municipales, ú otros contratos relativos á estos bienes;

«6.º Las condiciones de todo empréstito.

«Se publicarán también, siempre que sea posible, las actas de las sesiones de la Municipalidad, con excepción de aquellas que la corporación acordare conservar secretas.»

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Ordenanza General de Correos.—1. En el tít. VI se hallan las disposiciones siguientes:

«Art. 121. Todo número de periódico ó paquete de impresos ó de muestras, que contuvieren instrucción alguna manuscrita ó carta dentro de su cierro, se considerará como correspondencia epistolar y adeudará el porte que corresponda á ésta.

«Á este efecto se arreglarán los paquetes de impresos ó de muestras, de modo que puedan contarse los números y ser inspeccionados.

«Se cuidará por los impresores, y personas que hagan remisión de impresos, que los paquetes no excedan de veinticinco números cada uno, asegurados por bandas de papel fuerte, y que su dirección se escriba con claridad, y se repita en uno de los números del periódico ó del impreso».

«Art. 122. Se exceptúan de la regla del artículo anterior las pruebas de impresión, con tal que sólo tengan las correcciones, notas y signos usuales. Su cierro será el exigido para todo impreso».

«Art. 124. Para proceder á la celebración de una contrata, la Dirección General cuidará de hacer anunciar por carteles ó por los periódicos del lugar en que debe efectuarse, con dos semanas de anticipación, el día que pueden recibirse propuestas. En este aviso se designará la sección de la carrera ó ramal para que se piden las propuestas, las expediciones que deberán hacerse y la fianza que se requiera.

«Los interesados presentarán al Director General el pliego de propuestas expresando en él el menor tiempo en que se comprometen á hacer el viaje entre los dos términos de la sección ó del ramal, y el precio que exijan por cada expedición ó viaje de ida y vuelta. Se acompañará al pliego de propuestas la boleta de fianza, califi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cada por el Gobernador departamental del punto en que dicho pliego se presenta.»

2. Se encuentran, además, en la ley de 19 de noviembre de 1874, las siguientes prescripciones:

«Las cartas-circulares, las tarjetas de visita y demás impresos que no están destinados á la luz pública sino á individuos determinados, pagarán un centavo por cada ejemplar.

«Circularán libres de porte las publicaciones periódicas que salgan á luz en pliego suelto de la forma común de diario.

«Los folletos, libros, obras que se publiquen por entregas y las obras impresas, litografías, papeles de música, etc., correrán libres, si su peso no excede de 50 gramos. Si excede, pagarán un centavo por cada 50 gramos ó fracción.

«Las mismas publicaciones del extranjero ó las que se envíen fuera del país pagarán un porte doble del anterior.

«Los impresos, exentos ó no de porte, que contengan alguna comunicación manuscrita ó que se depositen en el correo asegurados y forrados de manera que no puedan contarse ni ser inspeccionados, adeudarán el porte de cartas.

«El máximo de peso de los paquetes será de cinco quilógramos y el de su dimensión igual al de las muestras (art. 8).»

J. Joaquín Larraín Z.

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

UNA CUESTIÓN INTERESANTE SOBRE ENAJENACIÓN del derecho de asistir á funciones de abono de un teatro.

I

Han llamado la atención los fallos contradictorios pronunciados últimamente acerca de este punto. Empezaremos por una sucinta exposición de los litigios ventilados.

1. Don Ramón de la Fuente demandó á don Arturo Claro porque, habiendo comprado á este señor el derecho de asistir á las veinticinco funciones líricas de la letra *C* del palco número 27 del Teatro Municipal de esta ciudad, en mayo de 1885, por la suma de setecientos pesos, el señor Claro no pudo entregarle sino las entradas correspondientes á las doce primeras funciones por haber sobrevenido la quiebra del empresario Ducci; y, por tanto, pedía se obligase al demandado á pagarle el valor de las funciones no dadas á razón de veintiocho pesos por cada función sobre el precio de venta.

El señor Claro, contestando, pide se deseche la demanda, fundándose: 1.° En que si es verdad que primeramente entregó á Fuente doce entradas, también lo es que con pocos días de diferencia le remitió las trece restantes, después de haberlas pagado á la Empresa; 2.° En que es un error creer que las dieziseis funciones, ó sea, cuatro por cada letra, que la Sociedad Artística, ó sea, la segunda Empresa dió últimamente, pertenecieron á los antiguos abonados de Ducci; 3.° En que una vez entregadas las entradas correspondientes á las veinticinco

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

funciones, no le afecta obligación alguna al cesionario, y mucho menos al agente, en cuyo carácter ha obrado en el presente caso; y 4.º En que, pagado todo el abono á la Empresa, como es fácil justificarlo, no existe mora bajo ningún aspecto.

El Juzgado de Comercio pronunció sentencia el 3 de Mayo último, y de ella copiamos los considerandos y la parte resolutiva que siguen:

"Considerando: Que existe desacuerdo sobre la calificación del contrato de que se trata, pues el demandante lo estima de compra-venta de veinticinco funciones teatrales; y el demandado como cesión de su derecho al uso de un palco en el Teatro Municipal, se entiende, con todas sus contingencias.

"Considerando: Que en los títulos en que los Códigos Civil y de Comercio tratan de la cesión de derechos no existe ningún artículo que pueda aplicarse al presente contrato y más bien le corresponden las reglas de la compra-venta y del arriendo, entre las cuales se encuentran la del saneamiento de la cosa vendida por parte del que vende, y la obligación del arrendador de librar al arrendatario de toda turbación en el goce del objeto arrendado; y

"Considerando: Que las partes están conformes en que el demandante pagó los setecientos pesos, precio convenido de las veinticinco funciones, á razón de veintiocho pesos cada una.

"Por estos fundamentos, y teniendo presente, además, las disposiciones de los artículos 1,824 y 1,924 del Código Civil, se declara: que don Arturo Claro debe devolver á don Ramón de la Fuente el precio estipulado de las trece funciones que faltaron ó no se dieron, para completar las veinticinco, materia de la venta; no há lugar á las otras peticiones de las partes.—Henríquez.—*Lavín.*"

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La Segunda Sala de la Corte de Apelaciones, con fecha 10 de julio, confirmó la sentencia anterior, teniendo presente:

«1.º Que las partes están de acuerdo en que don Arturo Claro vendió á don Ramón de la Fuente el derecho de asistir á veinticinco de las funciones teatrales que debía dar la Compañía lírica que debía funcionar en el Teatro Municipal;

«2.º Que según lo dispuesto en el artículo 1,813 del Código Civil, la venta de cosas que no existen, pero que se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, lo cual no ha sucedido en este caso; y

«3.º Que, no habiendo gozado el comprador de una parte de la cosa comprada, tiene derecho á ser indemnizado por el vendedor.»

2. Don Pedro N. 2.º Guzmán, en mayo de 1885, compró á don Eleodoro Vergara F. el derecho á doce funciones del abono de la letra *A;* y como por la quiebra de Ducci perdiera seis funciones, demandó á Vergara para que se declarase que debía devolverle el precio de ellas, ascendente á ciento cincuenta pesos. El demandado se defendió con la alegación del caso fortuito de la quiebra, del cual no debía responder.

El Juzgado de Subdelegación, considerando: «1.º Que la venta del derecho á las doce funciones de la Compañía Ducci quedó perfecta en mayo del año pasado con el consentimiento de las partes y la entrega del precio y la cosa vendida; 2.º Que el vendedor responde únicamente del saneamiento, que comprende el amparo en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida y la responsabilidad por sus defectos ocultos; 3.º Que el señor Guzmán no ha sufrido pretensión alguna de un tercero en contra del dominio y posesión de las funciones cita-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

das; 4.º Que lo que ha sufrido ha sido la pérdida de su derecho para aprovecharlas por la quiebra de la Compañía Ducci; y 5.º Que en éste, como en todo crédito, el acreedor no puede responder de la solvencia futura del deudor, si no se compromete á ello»; declaró sin lugar la demanda.

Apelada esta sentencia, el Juzgado de Apelaciones expidió el 3 de agosto del corriente año el siguiente fallo: «Vistos, y considerando: 1.º Que el contrato celebrado por don Pedro N. 2.º Guzmán con don Eleodoro Vergara F. versó sobre venta de cosa incorporal, cual era el derecho de asistir á doce funciones de las que debía dar en el Teatro Municipal la Compañía Ducci; 2.º Que las partes están conformes en que el demandante pagó al demandado trescientos pesos por el derecho á doce funciones teatrales y que éste entregó á aquél las entradas correspondientes á dichas doce funciones, de las cuales gozó seis, perdiendo el resto por la quiebra de la Compañía; 3.º Que la venta de cosas incorporales, como es un derecho, se sujeta para los efectos del saneamiento á las disposiciones del título 25 del libro 4.º del Código Civil que trata de la *Cesión de derechos;* 4.º Que el artículo 1,907 del título citado dispone que el que cede un crédito á título oneroso sólo se hace responsable de que el crédito existía y le pertenecía al tiempo de la cesión, pero no se hace responsable ni de la solvencia actual ni de la futura del deudor á menos que se comprometa expresamente á ello; y en el caso actual, ni se ha puesto en duda la existencia del crédito cedido, ni consta que Vergara se haya hecho responsable de la solvencia del deudor. Visto lo dispuesto en los arts. 565, 576, 699, 1,824 y 1,907 del Código Civil, se confirma, con costas del recurso, la sentencia apelada de 26 de junio del presente año, corriente á f. 9, en cuanto por ella se niega lugar á

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la demanda interpuesta por don Pedro N. 2.º Guzmán contra don Eleodoro Vergara F. Queda al demandante á salvo el derecho que en forma legal pueda hacer valer en el concurso de la Compañía Ducci. Devuélvanse.— GANDARILLAS.—*Arrate.*»

II

Si se considera el contrato como compra-venta, no es responsable el vendedor, pues no hay evicción, supuesto que un tercero no ha justificado derecho sobre la cosa vendida; ni hay vicios redhibitorios, supuesto que la quiebra de Ducci vino á pronunciarse con posterioridad á la fecha de la celebración del contrato.

Y es absurdo aplicar á este caso lo dispuesto en el artículo 1,813 del Código Civil, el cual prescribe que «la venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, ó que, por la naturaleza del contrato, aparezca que se compró la suerte»; porque lo que se ha vendido no son las funciones, que aún no existían, sino el derecho de asistir á ellas, cosa incorporal que puede venderse, según el artículo 1,810 del mismo Código, y cuya existencia á la fecha de la celebración del contrato no puede racionalmente revocarse en duda.

Es asimismo absurdo aducir, respecto del caso de los señores de la Fuente y Claro, la disposición del inciso 2.º del artículo 1,826, que establece que «si el vendedor, por hecho ó culpa suya, ha retardado la entrega, podrá el comprador á su arbitrio perseverar en el contrato ó desistir de él, y, en ambos casos, con derecho para ser indemnizado de los perjuicios, según las reglas generales»; porque los perjuicios de que aquí se trata no pueden ser sino aquéllos que procedan del retardo de la entrega, y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de ninguna manera los perjuicios del todo independientes de dicho retardo, y que provengan de fuerza mayor ó caso fortuito.

Si el contrato se considera como cesión de créditos, tampoco es responsable el cedente, porque el que cede un crédito á título oneroso no se hace responsable de la solvencia futura del deudor, á menos que se comprometa expresamente á ello. Y en este sentido, reputamos la sentencia del Juzgado de Apelaciones como la mejor fundada dentro de los principios de nuestro Derecho Civil.

La Redacción.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN HISTÓRICA

DON ANDRÉS BELLO Y EL CÓDIGO CIVIL

(Continuación)

"Y lo singular en la diferencia de los talentos es que, aun tratándose de una misma ciencia, los unos son más á propósito que otros para determinadas partes. Así, se puede experimentar en la enseñanza de las matemáticas que la disposición de un mismo alumno no es igual con respecto á la Aritmética, Álgebra y Geometría. En el cálculo, unos se adiestran con facilidad en la parte de aplicación, mientras no adelantan igualmente, ni con mucho, en la de generalización; unos adelantan en la Geometría más de lo que habían hecho esperar en el estudio del Álgebra y Aritmética. En la demostración de los teoremas, en la resolución de los problemas, se echan de ver diferencias muy señaladas: unos se aventajan en la facilidad de aplicar, de construir, pero deteniéndose, por decirlo así, en la superficie, sin penetrar en el fondo de las cosas; al paso que otros no tan diestros en lo primero, se distinguen por el talento de demostración, por la facilidad en generalizar, en ver resultados, en deducir consecuencias lejanas. Estos últimos son hombres de ciencia, los primeros son hombres de práctica; á aquéllos les conviene el estudio, á éstos, el trabajo de aplicación.

"Si estas diferencias se notan en los límites de una misma ciencia, ¿qué será cuando se trate de las que versan sobre objetos los más distantes entre sí?; y sin embargo, ¿quién cuida de observarlas, y mucho menos de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dirigir á los niños y á los jóvenes por el camino que les conviene? Á todos se nos arroja, por decirlo así, en un mismo molde; para la elección de las profesiones suele atenderse á todo, menos á la disposición particular de los destinados á ellas. ¡Cuánto y cuánto falta que observar en materia de educación é instrucción!

«En la acertada elección de la carrera, no sólo se interesa el adelanto del individuo, sino la felicidad de toda su vida. El hombre que se dedica á la ocupación que se le adapta, disfruta mucho, aun entre las fatigas del trabajo; pero el infeliz que se halla condenado á tareas para las cuales no ha nacido, ha de estar violentándose continuamente, ya para contrariar sus inclinaciones, ya para suplir con esfuerzo lo que le falta en habilidad.»

Las consideraciones que acabamos de reproducir nos ponen de manifiesto los inconvenientes que ofrece el contrariar la vocación de un individuo.

Ahora bien, hacer esperar á una persona hasta los veintiún años para que pueda dedicarse á la carrera á que tienden sus inclinaciones y aptitudes, no es otra cosa que impedirle que siga esta carrera.

Las carreras literarias, que son las que demandan mayores estudios, se terminan en Chile, por lo general, á los veintiuno, veintidós ó veintitrés años. Siempre antes de los veinticinco.

No una sino repetidas veces se han presentado á rendir examen de abogado ante la Corte Suprema jóvenes que no habían cumplido aún la edad de veinte años exigida por la ley para obtener este título.

Por lo tanto, si esto sucede con las carreras que requieren mayor preparación, es indudable que respecto á las demás los inconvenientes de la disposición que censuramos se muestran de una manera más evidente.

Y no se diga que la expresión *abrazar una carrera*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no significa empezar á adquirir los conocimientos necesarios para su desempeño, sino entrar en el ejercicio de ella.

Los términos de la objeción del señor Ocampo y la misma circunstancia de que tanto éste como el señor Bello pretendieran reducir á dieziocho la edad de veintiún años fijada en el *Proyecto*, bastan para desautorizar esta interpretación.

Título IX del *Proyecto* inédito.

Observación del señor Ocampo referente á este título en general: «La lectura de los últimos artículos de este título (que son sustancialmente los mismos que aparecen en el *Código Civil* bajo los números 237, 238 y 239) me recuerda que no hay ninguno en que se haya declarado que los expósitos deben ser reputados hijos legítimos, como los declara una ley vigente.»

Contestación de don Andrés: «Hijos legítimos ¿de quién? ¿Qué significaría la declaración de legitimidad y qué ganarían con ella? Inhabilidades civiles de que por ese medio quedarían exentos, no las hay en este *Proyecto*.»

La ley á que aludía el señor Ocampo al hacer su anterior observación, es la 4 del título 37 del libro 7 de la *Novísima Recopilación*.

Según la disposición contenida en esta ley, los expósitos debían ser considerados como legítimos, y quedar, por consiguiente, exentos de las inhabilidades civiles que la legislación española establecía respecto á los ilegítimos.

Algunas de estas inhabilidades aparecen en el texto de la ley citada en el trozo que copiamos á continuación:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Todos los expósitos actuales y futuros quedan y han de quedar, mientras no consten sus verdaderos padres, en la clase de hombres buenos del estado llano general, gozando los propios honores, y llevando las cargas sin diferencia de los demás vasallos honrados de la misma clase. Cumplida la edad en que otros niños son admitidos en los colegios de pobres, convictorios, casas de huérfanos y demás de misericordia, también han de ser recibidos los expósitos sin diferencia alguna, y han de entrar á optar en las dotes y consignaciones dexadas y que se dexaren para casar jóvenes de uno y otro sexo, ó para otros destinos fundados en favor de los pobres huérfanos, siempre que las constituciones de los tales colegios ó fundaciones piadosas no pidan literalmente que sus individuos sean hijos legítimos habidos y procreados en legítimo y verdadero matrimonio."

Además de las inhabilidades que se deducen de la lectura del párrafo precedente, los hijos ilegítimos, según las leyes españolas, estaban sujetos á algunas otras de que se eximía también á los expósitos.

Nuestro *Código Civil*, que vino á derogar todas las disposiciones preexistentes sobre esta materia, consigna respecto á los hijos ilegítimos sólo ciertas inhabilidades que por su naturaleza no tienen absolutamente nada que ver con los expósitos, tales como las que se refieren á los herederos forzosos y á los alimentos que se deben por ley á ciertas personas.

Careciendo los expósitos de padres conocidos, se comprende sin dificultad que no pueden aplicarse á ellos las disposiciones de que hablamos.

Lo dicho basta y sobra para manifestar que no había para qué hacer la declaración solicitada por el señor Ocampo.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Artículo 268. (*Proyecto* inédito.)

"El padre de familia que como tal administra bienes del hijo, no es obligado á hacer inventario solemne de ellos, mientras no pasare á otras nupcias; pero, si no hace inventario solemne, deberá llevar una descripción circunstanciada de dichos bienes desde que empiece á administrarlos."

Observación del señor Ocampo: "En este artículo 268 deberían suprimirse como innecesarias, tanto las palabras *como tal* del primer período, cuanto la frase *si no hace inventario solemne* con que principia el segundo."

Contestación de don Andrés: "El padre de familia puede administrar los bienes del hijo, no sólo como tal padre, sino como mandatario ó como agente oficioso. El artículo 268 impone la obligación de llevar una descripción circunstanciada, á falta de inventario, cuando administra *como tal*, pero no se la impone cuando administra en otro carácter. Por otra parte, la tal obligación es en subsidio del inventario, y no está demás indicarlo. Si lo hace, ¿deberá además llevar esa descripción circunstanciada?"

Desde luego, podemos adelantar que el artículo 268 que acabamos de reproducir es exactamente el mismo que se encuentra en el *Código Civil* bajo el número 249.

Las palabras *como tal* empleadas en ambos artículos no tienen, pues, por objeto, como lo han creído algunos (1), excluir al padre que administra los bienes del hijo en el carácter de tutor ó curador.

(1) Véase la obra titulada *Explicaciones de Código Civil*, tomo I, página 446.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Según el artículo 240 del *Código* citado, la expresión *padre de familia* se aplica sólo al padre que tiene hijos bajo patria potestad, y, por consiguiente, no podría referirse en ningún caso al padre que en calidad de guardador administra bienes de su hijo.

Pero, como lo advierte el señor Bello, el padre de familia puede administrar bienes de su hijo, no sólo como tal padre, sino también á título de mandatario ó de agente oficioso.

Puede suceder, por ejemplo, que el hijo de familia tenga peculio profesional ó industrial, y en este caso el padre podría administrar los bienes que forman este peculio como un mero mandatario ó agente oficioso sin que pesara sobre él la obligación que el artículo de que nos ocupamos impone al padre de familia cuando administra como tal los bienes de su hijo.

Por lo que toca al padre que desempeña el cargo de guardador de su hijo, la ley le impone, como á todo guardador, la obligación de *llevar cuenta fiel, exacta y en cuanto fuere dable, documentada, de todos sus actos administrativos.*

Tenemos á la vista una carta de don Andrés Bello escrita en contestación á una consulta que se le hacía respecto á esta misma cuestión.

La carta á que aludimos tiene fecha de abril de 1862 y está concebida en estos términos:

"Señor don . . .

"Muy señor mío:

"En contestación á la apreciada de Ud. de 11 del corriente, debo decirle que, en mi avanzada edad y en el estado de mala salud en que me encuentro, no me es posible prestar toda la atención debida á consultas como la que Ud. me propone. Sin embargo, el caso me ha parecido muy llano, y la opinión que Ud. emite sobre el ar-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tículo 415 y el inciso segundo del artículo 250, es muy juiciosa y fundada; el padre se halla, por consiguiente, comprendido en la disposición general. Llevar un apunte de los actos administrativos en sus respectivos días, documentados del modo posible, no es gran cosa, y el que no se crea capaz de cumplirlo debe renunciar el encargo; lo contrario sería permitirle una arbitrariedad peligrosa é introducir excepciones contra la letra y espíritu de la ley.

»Quedo de Ud. A. S. S.—*Andrés Bello.*»

Respecto á la otra frase cuya supresión pretendía el señor Ocampo por considerarla superflua, ya hemos visto en la contestación de don Andrés cuál es su utilidad práctica.

»Artículo 272. (*Proyecto* inédito.)

»No teniendo el padre la administración de cualquiera parte de los bienes del hijo que no pertenezcan á su peculio profesional ó industrial, se dará al hijo un curador para esta administración.

»Pero, quitada al padre la administración de aquellos bienes del hijo en que la ley le da el usufructo, no dejará por esto de tener derecho á los frutos líquidos, deducidos los gastos de administración.»

Observación del señor Ocampo: »Sería á mi juicio más claro y conforme con el lenguaje adoptado por el *Proyecto* que este artículo 272 principiara así: *Caso que el padre no tenga la administración del todo ó parte del peculio adventicio ordinario ó extraordinario, etc.*»

Contestación del señor Bello: »Acepto así: *En caso de no tener el padre la administración del todo ó parte del peculio adventicio ordinario ó extraordinario, etc.*»

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El artículo 252 del *Código Civil* es el mismo que acabamos de reproducir con el número 272, salvo un ligero cambio de redacción que no altera absolutamente en nada la disposición primitiva.

"Artículo 274 (*Proyecto* inédito).

"Los actos y contratos del hijo de familia, que el padre haya autorizado ó ratificado por escrito, obligan directamente al padre, y subsidiariamente al hijo, hasta concurrencia del beneficio que éste hubiere reportado de dichos actos ó contratos."

Observación del señor Ocampo: "No parece justo imponer al padre la responsabilidad que producen los contratos del hijo por el desnudo hecho de la autorización que le ha otorgado para celebrarlos."

Contestación de don Andrés: "Este artículo ha sido corregido en la forma siguiente: *Los actos y contratos que el hijo de familia celebre, fuera de su peculio profesional ó industrial, y que el padre, etc.*"

La observación del señor Ocampo referente al artículo 274 del *Proyecto* inédito, quedaba siempre subsistente á pesar de la nueva redacción dada á dicho artículo.

Sin embargo, esta redacción fué la definitiva.

Á diferencia del señor Ocampo, no consideramos en manera alguna injusta la disposición del artículo acerca del cual discurrimos. Lejos de eso, creemos que élla es por demás lógica dentro del sistema adoptado por el *Código Civil.*

Según nuestra legislación, el hijo de familia no puede obligarse por sí mismo, y de aquí proviene que, por re-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

gla general, está imposibilitado para celebrar cualquier acto ó contrato.

Ahora bien, el *Código* supone el caso en que el hijo de familia, no obstante su incapacidad, celebre un acto ó contrato con la autorización ó ratificación del padre manifestada por escrito.

¿Habría sido posible dejar de dar valor á un acto ejecutado en semejantes condiciones?

Indudablemente que no.

Y siendo esto así ¿sobre quién debía recaer la obligación emanada de dicho acto ó contrato?

No podía ser sobre el hijo, porque esto habría venido á alterar los principios fundamentales del *Código Civil*; por lo tanto, la responsabilidad debía pesar únicamente sobre el padre.

Por otra parte ¿no es evidente que el hijo, en las circunstancias mencionadas, obra sólo como un mandatario del padre, que debe ser, por consiguiente, el único responsable de la obligación contraída?

¿Cómo podría quedar obligado el hijo, siendo así que la ley lo considera incapaz?

Igual cosa sucede tratándose de la mujer casada: el *Código Civil* la incapacita también, generalmente hablando, para la celebración de todo acto ó contrato, á menos que haya sido convenientemente autorizada por el marido ó por el juez. Para estos casos se establecen las disposiciones contenidas en el siguiente artículo:

"Artículo 146. La autorización judicial representa la del marido y produce los mismos efectos, con la diferencia que va á expresarse.

"La mujer que procede con autorización del marido, obliga al marido en sus bienes de la misma manera que si el acto fuera del marido; y obliga, además, sus bienes propios, hasta concurrencia del beneficio particular que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ella reportare del acto; y lo mismo será si la mujer ha sido autorizada judicialmente por impedimento accidental del marido en casos urgentes, con tal que haya podido presumirse el consentimiento de éste.

«Pero si la mujer ha sido autorizada por el juez contra la voluntad del marido, obligará solamente sus bienes propios; mas no obligará el haber social ni los bienes del marido, sino hasta concurrencia del beneficio que la sociedad ó el marido hubieren reportado del acto.

«Además, si el juez autorizare á la mujer para aceptar una herencia, deberá ella aceptarla con beneficio de inventario; y sin este requisito obligará solamente sus propios bienes á las resultas de la aceptación.»

De la lectura del artículo precedente, se deduce que hay mucha analogía entre lo que se dispone con relación á la mujer casada que contrata con autorización del marido y entre lo que se establece respecto al hijo de familia que celebra un acto ó contrato autorizado ó ratificado por el padre.

La responsabilidad subsidiaria que afecta á la mujer, según el inciso segundo del artículo que acabamos de reproducir, es la misma que corresponde al hijo de familia que contrata con la autorización ó ratificación del padre.

En uno y otro caso, esta responsabilidad no emana del acto que se ha celebrado, puesto que él no puede producir obligación respecto de personas á quienes la ley declara incapaces, sino que se deriva de un cuasi contrato que tiene por fundamento aquel aforismo legal de que *nadie puede enriquecerse á costa de otro.*

Respecto á su peculio profesional ó industrial, el hijo de familia es considerado por el *Código Civil* como emancipado y habilitado de edad.

Los bienes que forman este peculio pueden quedar, por consiguiente, obligados por todo acto ó contrato del

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

hijo de familia, siempre que no sea de los expresamente exceptuados por la ley.

"Artículo 288 (*Proyecto* inédito).

"La emancipación voluntaria se efectúa por instrumento público, en que el padre declara emancipar al hijo.

"No podrá otorgarse esta emancipación al que no ha cumplido diez y ocho años."

Observaciones del señor Ocampo: "No basta que el padre otorgue instrumento público de emancipación para que la ley dé por emancipado al hijo. No hay en el *Proyecto* artículo que indique las solemnidades de ese importantísimo acto; y salvo el juicio de la Comisión, pienso que deben exigirse, como hoy se exigen, los siguientes requisitos: 1.° consentimiento del hijo; 2.° información de aptitud y buenas costumbres, y 3.° aprobación de la Corte Suprema y autorización al juez de primera instancia para que otorgue la emancipación."

Contestación de don Andrés: "Doy mucha importancia al primero de los requisitos; no tanta á los otros. Yo creo que convendría redactar así el artículo:—La emancipación voluntaria se efectúa por instrumento público, en que el padre declara emancipar al hijo *adulto, y el hijo consiente en ello. No valdrá la emancipación si no es autorizada por el juez con conocimiento de causa.*—Esto me parece lógico. El hijo está como bajo la guarda del padre. Su consentimiento puede perjudicarle, y como el padre no puede autorizarlo, es menester que el juez lo haga en subsidio."

El artículo sobre el cual recaían las observaciones del señor Ocampo, era indudablemente incompleto.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Don Andrés Bello, aceptando sólo en parte estas observaciones, alteró la redacción de dicho artículo en la forma mencionada en su contestación, que es también la forma en que aparece redactado el artículo correspondiente del *Código Civil*.

Podemos agregar todavía que esta redacción definitiva no difiere en mucho de la que tuvo primitivamente el artículo de que nos ocupamos.

Los términos en que está redactado el artículo originario, según aparece en los borradores del señor Bello, son los siguientes:

«La emancipación voluntaria se efectúa por instrumento público, en que el padre declara emancipar y el hijo acepta la emancipación.

«La aceptación del hijo menor de veinte años será consentida por un tutor ó curador especial, y autorizada por el juez, oído el defensor de menores.»

Las ideas contenidas en el artículo que acabamos de reproducir son, en el fondo, las mismas que sanciona el *Código Civil* en su artículo 265.

«Artículo 290 (*Proyecto* inédito).

«La emancipación judicial se efectúa por decreto de juez.

«1.º Cuando el padre maltrata habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida ó de causarle grave daño.

«2.º Cuando el padre ha abandonado al hijo.

«3.º Cuando la depravación del padre le hace incapaz de ejercer la patria potestad.

«En los tres casos anteriores, podrá el juez proceder á petición de cualquiera consanguíneo del hijo, y aun de oficio.

«4.º Se efectúa asimismo la emancipación judicial por

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

toda sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que declare al padre culpable de un crimen á que se aplique la pena de más de cuatro años de reclusión ó presidio, ó de exposición á la vergüenza pública.

"La emancipación tendrá efecto sin embargo de cualquier indulto que recaiga sobre la pena; á menos que en el indulto se comprenda expresamente la conservación de la patria potestad."

Observación del señor Ocampo: "¿No convendría agregar en el inciso 4.º la pena de muerte y la de azotes?"

Contestación de don Andrés: "La redacción fué acordada por la Comisión después de un largo debate. Yo preferiría el número 4.º en esta forma:—Se efectúa asimismo la emancipación judicial por toda sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que declare al padre culpable de un crimen á que se aplique *la pena de muerte ó de azotes*, ó la exposición á la vergüenza pública.—"

Según lo asevera el señor Bello, la redacción del número 4.º del artículo precedente dió origen á una larga controversia en el seno de la Comisión.

Si examinamos el artículo 267 del *Código Civil*, podremos ver que este mismo número 4.º experimentó todavía, en la segunda revisión á que fué sometido el *Proyecto* de 1853, una nueva alteración, insignificante si se quiere, pero que demuestra que la Comisión volvió á discutir aún esta parte del artículo.

MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI R.

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN EXTRANJERA

ESTUDIOS FILOSÓFICOS SOBRE EL BENEFICIO DE POBREZA PARA LITIGAR

Nada más justo, nada más lógicamente equitativo, ni nada más en armonía con los severos principios de la humana naturaleza y de la caridad cristiana, que conceder al pobre, al desvalido, al que carece de recursos, el derecho incuestionable de disfrutar el beneficio de pobreza, cuando haya de ventilar en los Tribunales de Justicia las acciones que crea conducentes, ya para reivindicar sus bienes usurpados, ya para defenderse contra los ataques de una demanda injusta, ya, en fin, para todos y cada uno de los procedimientos que marca nuestro Derecho sustantivo y que á su instancia ó en su contra hayan de sustanciarse. Tal es la moralidad que este principio entraña, que las legislaciones de todos los tiempos y países lo reconocen y han sancionado, hasta el punto de no existir un solo Código de Procedimientos donde no se consigne, en estos ó parecidos términos, que la justicia se habrá de administrar siempre gratuitamente á los pobres.

Y á la verdad, imposibilitar al indigente para obtener la defensa en justicia gratuita de sus acciones y derechos, por la sola causa de su indigencia, por la carencia de recursos necesarios para el sostenimiento y sustanciación de un litigio, sería, á no dudarlo, el acto más antisocial é inmoral que pudieran realizar los poderes públicos. El pobre, en el sentido legal de la palabra, es acreedor á que la sociedad le ayude en sus desgracias y tiene derecho para demandar esta ayuda, sin que por ello se le

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

deban exigir sacrificios pecuniarios que no puede efectuar.

Si la pobreza es, como no puede menos de conceptuarse, una desgracia, y toda desgracia sufrida con ánimo resignado, se eleva á la categoría de virtud, que á las veces llega hasta el heroísmo; si el hombre honrado, en la espinosa senda de la vida, tiene toda su confianza en la justicia y en la equidad, que le sirven de norma para arreglar su conducta y le defienden de los ataques dirigidos en su contra por la malicia, la astucia ó la calumnia; si en el ánimo de todos informan los saludables preceptos de la ley natural, que nos hacen reconocer los derechos de padre, los deberes de hijo, la igualdad de hermanos y el aprecio de inferiores, ¿qué razón habría para privar al pobre de tan nobles fines en sus constantes aspiraciones, por la imposibilidad de alcanzar aquello que otros, por su posición social más ventajosa, alcanzan? Privado de obtener la justicia anhelada en sus legítimas pretensiones, olvidaríase de que aquélla existía, se borraría de su mente toda noción de ella, y concluiría por convertirse en el violador de sus preceptos, en el enemigo capital de sus prescripciones. Y ved aquí por qué, aún por conveniencia de la misma sociedad, en bien de la propia justicia, interesa conceder este beneficio de pobreza para litigar al verdaderamente necesitado, según la ley.

No insistamos más sobre este punto, harto evidente para que necesite mayor demostración. La evidencia, como es sabido, se muestra, no se demuestra. Es, pues, axiomático, bajo el punto de vista jurídico, que la justicia debe administrarse gratuitamente á los pobres. Empero, como el hombre, en su frágil naturaleza, no ajusta todos y cada uno de los actos de su vida á los nobles y más generosos instintos que brotan del fondo de su alma,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y pretende, á las veces, abusar de los más inconcusos y sagrados principios, convirtiéndoles en instrumento de otras contrarias y dañadas intenciones, hácese preciso limitar sus derechos y ampliar sus obligaciones, para que lo que es bueno en su origen no venga á convertirse, por una serie de evoluciones pensadas, por un cambio falaz, por una interpretación torcida ó por ese espíritu pernicioso que tanto cunde y se propaga de tergiversar y de burlar las leyes, en ciego instrumento que perjudique los no menos sagrados derechos y acciones de un tercero de mejor posición, para quien también las legislaciones habrán de tener en cuenta las más saludables máximas de la equidad. De aquí que todas aquellas disposiciones legislativas que se precian de caminar á la cabeza del progreso y de la civilización en esta materia, son las que mejor han cohonestado los derechos del pobre con los intereses y derechos del rico; y á pesar del largo tiempo invertido en descubrir una verdad que pudiera mejorar la condición social del primero, sin dejar de garantir, y sin detrimento de los no menos incuestionables derechos del segundo, es lo cierto que aún no se ha llegado al más alto grado de perfección de que es indudablemente susceptible esta cuestión jurídica, siempre palpitante.

En efecto, con nuestra actual legislación, el rico está siempre expuesto á arruinarse por los costos y dispendios de un dilatado pleito promovido por otro que, escudado en una solemne declaración judicial de su pobreza, le ataca injustamente, poniendo en tela de juicio sus indiscutibles derechos. Se sustancia aquél en todas y cada una de las instancias que autoriza la ley; recae en todas y cada una, sentencia absolutoria en favor del demandado; se hace en ella declaración solemne de que el demandante ha obrado con notoria temeridad y mala fe; se le condena

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

al pago de las costas, á perpetuo silencio y aún á la indemnización de perjuicios, para el caso de que viniera á mejor fortuna dentro del término de la prescripción (á la cual no viene nunca); y después de todo, ¿qué ha obtenido el rico como justa garantía de sus derechos, como compensación de los perjuicios sufridos? Nada, absolutamente nada á él favorable. Por el contrario, la pérdida completa de todos los intereses que ha necesitado gastar para defenderse, los quebrantos y disgustos consiguientes, sin esperanza de verse jamás resarcido, y todo en cambio de un papel en que declara un Tribunal que le sobraba razón. Mas se me dirá: y el pobre, ¿qué ha obtenido? Como castigo de su temeridad obtiene, por lo menos, la satisfacción de ver á su contendiente quizá arruinado, mientras él no gastó 10 pesetas; de haberle hecho sufrir y padecer, de haber medido, en fin, sus calumniosas armas al igual de un enemigo honrado, digno y tal vez poderoso. Y bien; ¿qué medios pueden adoptarse para que, sin menoscabo de los legítimos derechos del pobre, queden en todos los casos, aun en los mayormente maliciosos, garantidos los derechos del rico? Ninguna ley de las hasta ahora conocidas ha podido hallar la solución satisfactoria de tan arduo y difícil problema.

Nosotros, que no pretendemos, ni mucho menos, haberla hallado, hemos, sin embargo, inquirido que por un medio sencillo, fácil y económico, puede ponerse un límite á esa facultad omnímoda concedida al pobre de poder atacar impune é injustamente los intereses y derechos del rico. El Código Penal es el único llamado á poner freno á ese torrente desbordado de pobrezas que á cada paso se incoan, y que con tanta frecuencia ocasionan la ruina de respetables casas. En efecto, y no se tilden nuestras lucubraciones de poco liberales ni de atentatorias al beneficio de la pobreza, un artículo que castigara suave-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mente, pero con pena personal, á todo el que hubiese instado ó defendídose de un pleito en concepto de pobre, y en que por sentencia ejecutoria hubiera sido condenado en costas, revelación de su ostensible mala fe, bastaría quizá para evitar la mayoría de los litigios temerarios que se sustancian en la actualidad. Y nada más racional y lógico, pues que si el Código Penal en su art. 554 castiga á los que defraudan ó perjudican á otro usando de cualquier engaño, ¿qué mucho que aquellos que pretenden engañar y sorprender á los Tribunales, perjudicando con su engaño á un tercero, sufran igual ó mayor pena? ¿Ni qué mayor engaño puede darse que interponer una demanda injusta y temeraria, escudados con una declaración judicial de pobreza, en daño y perjuicio exclusivo de un tercero á quien asiste todo derecho?

Tales actos no pueden menos de ser constitutivos de delito, y por tanto, deben caer bajo la sanción del Código Penal. Pero nuestra pluma no es bastante á cimentar las razones que en pro de nuestro aserto existen, y por ello nos limitamos á exponer la idea, desnuda de toda argumentacion y tal como la hemos concebido, seguros de que personas más peritas en la ciencia del Derecho, examinando la bondad y justicia que entraña, la revestirán de aquellas formas que nuestra insuficiencia y cortas dotes no alcanzan á reseñar.

ANDRÉS AGUILERA Y VERA.

(De la REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA de Madrid, dirigida por don José María Manresa, tomo 68, 1886.)

Guadix y Abril 30 de 1886.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—**1.** MANUAL DEL MARINO, *recopilación de leyes, decretos, reglamentos y órdenes de carácter general referentes á la marina chilena*, tomo III, 1883–1885, 568 págs., Imp. Gutenberg, Santiago. El tomo II de esta compilación se publicó en 1883, y abraza el período de 1866 á 1882. El 7 de agosto de 1883 se dictó un decreto que ordenaba publicar semestralmente este *Manual*, decreto que parece no ha podido cumplirse. Está á cargo de esta publicación el jefe de sección del Ministerio de Marina. El tomo I, que tiene la fecha de 1866, comprende todas las disposiciones concernientes á la marina desde 1817 hasta ese año, y fué formado gratuitamente por el laborioso oficial del Ministerio don Antonio Gundián Sol.—**2.** DE LA COMPENSACIÓN, *exposición del título XVII, libro IV del Código Civil*, por don Luis A. Vergara R., 38 págs., Imp. Cervantes. Es una edición por separado de la memoria que nuestro distinguido colaborador presentó á la Universidad para graduarse de licenciado en leyes y publicó en los últimos números de esta REVISTA.—**3.** LA ENALIENABILIDAD FORZADA NO RIGE CON LA PROPIEDAD SALITRERA CHILENA, alegato pronunciado ante la Corte de Apelaciones de La Serena, por don Felipe Herrera, 38 págs., Imp. de *La Reforma*, La Serena. Se tratan en él las siguientes cuestiones: "La propiedad salitrera chilena ¿goza del privilegio de la inalienabilidad forzada que á la propiedad minera acuerda el artículo 205 del Código de Minería? La prohibición general de embargar y rematar judicialmente la propiedad minera, que el artículo 205 contiene ¿es en manera alguna posible restringirla á solo el caso en que se trate de créditos personales, sin extenderla al más general y corriente en que figuran créditos hipotecarios?"—**4.** LA JURISPRUDENCIA CIVIL, repertorio de las sentencias en que se ha aplicado el Código Civil Chileno desde 1857 hasta 1878, por don Eulogio Piñera, abogado, 226 págs., Imp. de Ramón Varela, Santiago, 1879. Hemos recibido esta importante obra, destinada á la exposición de la jurisprudencia práctica del Código Civil: facilita así la consulta de la *Gaceta de los Tribunales* y proporciona el medio de conocer las aplicaciones que de los artículos del Código han hecho los Tribunales en el vasto período que comprende.—Nuestros lectores conocen la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ampliación que del plan de esta obra proyecta el señor Piñera y que consta de los siguientes apartes de la circular que ha dirigido últimamente: «El sistema de extractos será sustituido por el de transcripciones, y la JURISPRUDENCIA CIVIL será completada con la mercantil, minera, la del Código de Tribunales y la de algunas leyes especiales importantes. Esto, á la vez que explica la extensión de la obra, da una idea de su utilidad, pues vendrá á reemplazar la colección de los últimos siete años de la *Gaceta de los Tribunales.*» Una obra de esta clase merece, sin duda alguna, una protección generosa de parte de los abogados, á quienes tantos beneficios reportará. Nos es grato, por tanto, recomendarla á nuestros abonados y tributar á su autor nuestros sinceros aplausos por su laboriosidad y constancia.—5. GACETA DE LOS TRIBUNALES, números de 1885 y los de marzo á agosto del corriente año. Es oportuno transcribir aquí el siguiente decreto supremo, dictado últimamente, que fija nuevas bases á esta publicacion: «Santiago, 1.° de octubre de 1886.—Teniendo presente que en la actualidad la *Gaceta de los Tribunales* no presta oportunamente los los servicios á que se encuentra destinada, así por el retardo con que en ella se hace la publicación de las sentencias, como por la ausencia de índices que faciliten su consulta, decreto: 1.° Desde el 1.° de diciembre próximo la *Gaceta de los Tribunales* se publicará diariamente, con excepción de los días feriados que señala el inciso 2.° del artículo 149 de la Ley de 15 de octubre de 1875, debiendo conservar su forma actual y contener el número de páginas que la conveniente distribución del material requiera. 2.° En la *Gaceta* se insertarán: las sentencias, acuerdos y demás documentos que se manden publicar por los Tribunales y juzgados, ó cuya publicación esté ordenada por la ley; las actas de visita de oficios públicos; las actas de visita de las oficinas del Registro Civil; los datos estadísticos que remiten las Cortes al Ministerio de Justicia; los avisos judiciales y los documentos que el referido Ministerio mande insertar en dicha publicación. 3.° Cada tomo de la *Gaceta de los Tribunales*, que se compondrá de las entregas correspondientes á seis meses, llevará tres índices: uno por orden alfabético de los nombres de los litigantes; otro por materias perfectamente detalladas; y el tercero en que se indicarán por orden numérico los artículos de los Códigos y de las leyes que han tenido aplicación en cada una de las sentencias publicadas. Anótese, comuníquese é insértese en el *Boletín de las Leyes.*—BALMACEDA.—*Pedro Montt.*»—También se ha procurado mejorar la más antigua é importante de las publicaciones oficiales, como se ve en el siguiente decreto: «Santiago, 28 de septiembre de 1886.—Para hacer más rápida y exacta la impresión del

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Boletín de las Leyes y Decretos del Gobierno, decreto: Las leyes, decretos y documentos que deban insertarse en dicho *Boletín* se publicarán, á más tardar, quince días después de su fecha en el *Diario Oficial*, y su recopilación correrá, en lo sucesivo, á cargo del Ministerio de Justicia. La impresión de dichas leyes, decretos y documentos se corregirá confrontándolos con los respectivos originales. Derógase el artículo 2.º del decreto supremo de 28 de abril de 1881 en cuanto sea contrario al presente decreto. Anótese, comuníquese y publíquese.— BALMACEDA.— *Pedro Montt.*»

COLOMBIA.—REVISTA JUDICIAL, de Bogotá, núms. 245 á 280, que completan la séptima serie. Continúa esta publicación prestando servicios valiosos á la jurisprudencia y al foro colombianos, no menos que á la administración de justicia de Cundinamarca. En el programa de la serie de que damos cuenta explica el distinguido abogado director de la *Revista*, señor don Liborio D. Cantillo, la importancia que atribuye á la publicación de las sentencias. «Los Tribunales, dice, son los encargados de sostener los fundamentos del edificio social; son los guardianes de la vida y el honor de las familias, cuya agrupación constituye la sociedad civil. De ahí nuestro interés en hacer que vean la luz las providencias de las cuales se desprendan derechos para lo futuro, y que, formando una parte del Derecho consuetudinario, sean registradas como la jurisprudencia del Estado, llegado el caso de discutirlas para protegernos contra los errores y poder citarlas como precedentes en otras decisiones.» Es deber grato de cumplir para nosotros expresar al señor Cantillo nuestro renonocimiento por el artículo editorial que consagra á esta publicación en sus números 249 y 250, del cual extractamos los siguientes párrafos: «Ninguna publicación es de mayor utilidad que aquella en que se plantean y resuelven los grandes problemas sociales y que á la vez enseña á conocer y practicar las leyes. La REVISTA FORENSE CHILENA es, por lo tanto, de grandísima importancia, y bajo los auspicios en que se encuentra, no hay duda que llegará á formar una magnífica obra de consulta. Nosotros derivaremos no poca utilidad de ella, porque allí se tratarán, además de las cuestiones de interés general, puntos que son oscuros así en el Derecho chileno como en el nuestro, y porque contribuirá á formar la jurisprudencia de los dos países, ya que éstos tienen, con ligeras variaciones, un mismo cuerpo de leyes para hacer eficaces los derechos y obligaciones civiles de las personas. La Dirección de la REVISTA á que aludimos está á cargo del señor don Enrique C. Latorre,... y colaboran muy distinguidos profesores. Todo, pues, le augura larga vida y universal aceptación.»

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

BRASIL.—O DIREITO, de Río de Janeiro, núms. 1.° á 4, mayo á agosto de 1886, que componen el vol. XL de esta publicación. En cada uno de ellos se inserta, como es costumbre, un artículo de doctrina: y así aparecen dos trabajos sobre Derecho Criminal, uno sobre Derecho Comercial y el otro sobre este interesante tema: *Si para el buen desempeño de las funciones judiciales la pluralidad de jueces en los tribunales es preferible á la unidad*, en que su autor, el doctor Graciliano de Paula Baptista, sostiene la afirmativa con buen acopio de razones filosóficas.

ESPAÑA.—I. **1.** REVISTA DE LA ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN, núms. 1.° y 3, abril y junio de 1875, órgano de esta celebrada corporación: sólo se publicaron seis números.—**2.** MEMORIA leída por don Cristóbal Botella, secretario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en el curso de 1882 á 1883.—**3.** MEMORIA del secretario de la comisión de local, don Rafael Soriano y Bernar, al hacer entrega á la Academia del nuevo edificio, 1883.—**4.** DISCURSO del Presidente de la Academia, Excmo. señor don Francisco Romero y Robledo, en la sesión inaugural del curso de 1883 á 1884.—**5.** RESEÑA HISTÓRICA de la Real Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación, por don José Maluquer y Salvador, 1884. Dimos cuenta ya de este interesante libro, que tuvo á bien remitirnos su autor, en el número 12, tomo I.—**6.** MEMORIA leída en la sesión inaugural del curso de 1884 á 1885 por el secretario general don Ángel Allende Salazar y Muñoz de Salazar.—**7.** DISCURSO del señor Romero y Robledo en la sesión inaugural del curso de 1884 á 1885.—**8.** DISCURSO leído por el Presidente Excmo. señor don Germán Gamazo, en la sesión inaugural del curso de 1885 á 1886.—**9.** MEMORIA del secretario general don Lamberto Martínez Asenjo, leída en la sesión inaugural anterior.—**10.** LISTA GENERAL de los señores académicos en 1.° de enero de 1886. Hay cuarenta y tres académicos correspondientes en la América latina, de los cuales once son chilenos. Todos estos opúsculos nos han sido enviados por el señor bibliotecario de la Real Academia, don José Valdés Rubio, al cual damos afectuosas gracias por su atención.—II. REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, de Madrid, números de febrero á junio del corriente año, que completan el tomo 68. Su director desde el 1.° de enero es, como lo anunciamos en otra ocasión, el señor don José María Manresa. Aparecen insertos una serie de artículos escogidos sobre estudios generales y filosofía del Derecho, historia del Derecho y legislaciones extranjeras, Derechos internacional, civil, mercantil, penal, administrativo, procesal, economía política, literatura, bibliografía jurídica y varieda-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

des. En el número de mayo se publicó un trabajo de nuestro colaborador don Robustiano Vera titulado *Historia de la pena de azotes en Chile y en qué casos se encuentra vigente en la actualidad.*

CUBA.—Boletín Jurídico, *semanario de Legislación y Jurisprudencia,* de La Habana, publicación semanal de ocho páginas á dos columnas. Director, don Pablo Desvernine; administrador, don Adolfo Valdés Losada. Está consagrada principalmente á la dilucidación de los casos prácticos del Derecho Español y á los comentarios de las sentencias.—Nos han llegado los números 17 á 23, por los cuales damos las gracias al celoso administrador, señor Valdés Losada.—Ya que de publicaciones de las Antillas tratamos, nos es grato expresar asimismo nuestros sinceros agradecimientos á los redactores del Boletín de la Librería de Curazao, por los elogios que se sirvieron tributar á nuestra publicacion, al dar cuenta de ella en su número 84, y que ya reprodujo en una de sus últimas ediciones *La Libertad Electoral* de esta ciudad.

BIBLIOTECA DE LA "REVISTA FORENSE CHILENA"

Vol. I.—Comentario de siete títulos del Código Civil (títulos preliminar y I á IV del Libro I), por don Juan Antonio de Armas.

Se han publicado las entregas 2.ª y 3.ª, que comprenden hasta la página 96.

La Dirección.

Imp. Cervantes, Bandera, 73

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO II Santiago, 1.º de diciembre de 1886 NÚM. 7

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—La Biblioteca de la Revista Forense Chilena. por La Dirección.—Comentario del Título preliminar y del Título I del Libro I del Código de Comercio (continuación), por don José Alfonso.—Las notas del Proyecto de Código Civil, á propósito de un artículo publicado en esta Revista, por don Miguel Luis Amunátegui Reyes.—Una cuestión sobre efecto retroactivo de la ley, por don Manuel E. Ballesteros.—¿Son compensables los alimentos forzosos? por don Carlos Aguirre Vargas.—Revista bibliográfica, por La Dirección.

LA BIBLIOTECA DE LA "REVISTA FORENSE CHILENA"

Nuestros lectores conocen las circunstancias en que hemos iniciado una Biblioteca destinada á comprender los trabajos jurídicos inéditos y de largo aliento que se remitan á ella por escritores nacionales.

Acogida la idea favorablemente por nuestros suscriptores y colaboradores, hemos resuelto confirmarla y desarrollarla como una institución permanente anexa á la Revista.

Es de esperar, atentos el espíritu de progreso que anima las ciencias legales y políticas, y la ilustración y estímulo de nuestros colegas del foro, que ella corresponda con amplitud á los fines de su fundación é impulse vigorosamente la literatura jurídica en nuestro país.

La Dirección.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

COMENTARIO DEL TÍTULO PRELIMINAR Y DEL Título Primero del Libro Primero del Código de Comercio.

(Continuación)

Si el que compra ó permuta cosas muebles con ánimo de especular vendiéndolas, permutándolas ó arrendándolas, ejecuta actos de comercio, no los ejecuta cuando adquiere esas cosas con otros fines. No concurriendo el espíritu de especulación, no puede existir acto de comercio, salvo una excepción, más aparente que real, de que luego tendremos ocasión de ocuparnos. En consecuencia, si se adquieren bonos y acciones para dar una colocación provechosa á los fondos del comprador, faltando aquel propósito, se habrá realizado seguramente un acto civil, aunque la compra haya versado sólo sobre efectos de comercio ó acciones de sociedades mercantiles. Estos efectos ó acciones estarán sometidos á la ley comercial en las dificultades que puedan promoverse relativamente á su naturaleza ú origen; mas si se suscitare litigio sobre la compra á que nos hemos referido, es claro que se daría lugar á un juicio civil, porque dicha compra, efectuada sin ánimo de realizar otra venta, una permuta ó un arrendamiento, no constituye un acto de comercio.

Continuando con la aplicación de este mismo razonamiento, debe afirmarse que la compra ó la permuta hechas con el propósito de destinar las cosas muebles al consumo, no son tampoco contratos comerciales. Otro tanto cabrá decir cuando se dediquen las cosas muebles adquiridas á un trabajo ó industria no mercantil. En am-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

bos casos falta el ánimo de especular con la celebración de un nuevo contrato. Y decimos trabajo ó industria *no mercantil*, porque si las cosas muebles fueran destinadas á un trabajo ó industria de comercio, por ejemplo, si se tratase de maderas para la construcción ó reparaciones de una nave, ó de máquinas para la explotación de una fábrica, el acto sería estrictamente comercial, aunque las especies mencionadas se consumieran en el uso en que se las iba á emplear. De aquí el origen de la aparente excepción á la regla que, sin vacilar, acabamos de establecer, y que, en realidad, no es una excepción verdadera. Si en el caso propuesto las maderas y las máquinas tienen que consumirse, el consumo persigue el fomento de una especulación mercantil, forma parte de ella, es su accesorio indispensable, y, habilitando la nave y la fábrica, da lugar á que con éstas se celebren contratos cuyo fin único es el lucro y cuyo carácter es exclusivamente de comercio. Debiendo participar las adquisiciones accesorias de la naturaleza de la operación principal que complementan, la cual les imprime su propia índole, era excusado consignar esta circunstancia en un precepto especial, doctrina que guarda correspondencia y armonía con la que hemos aplicado, en el examen del artículo 1.º, á los pactos accesorios de las obligaciones mercantiles.

Puede dejarse sentado como principio incontrovertible en materia de derecho mercantil, que la condición comercial de un acto no depende de la naturaleza de las cosas en que se ejecuta, con excepción de los bienes inmuebles excluidos sin razón alguna del comercio por la disposición de este número, sino del ánimo con que se ha hecho la adquisición. Realizada ésta con el fin de especular efectuando otra transmisión de la propiedad ó un arrendamiento, hay acto de comercio, que desaparece en el caso contrario para dar lugar á un contrato civil. El

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

texto legal no consiente abrigar duda acerca de esta inteligencia del precepto: son actos de comercio, dice, la compra y la permuta de cosas muebles, *hechas con ánimo* de vender, permutar ó arrendar estas mismas cosas. Si falta este ánimo, que es en lo que consiste el propósito de especulación, base del comercio, no puede existir acto mercantil, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes mobiliarios comprados ó permutados. Por la inversa, practicada la adquisición con el fin de especular, se produce inevitablemente un acto comercial, con independencia absoluta de la clase de los bienes muebles en que se haya ejecutado. No sólo induce á atribuir este sentido á la ley la redacción del número 1.º que examinamos; lo confirman asimismo los números 11.º y 12.º, que clasifican entre los actos de comercio las operaciones de banco y de bolsa, en general. Aunque las operaciones de bolsa no estén reglamentadas en el Código, y sólo se mencionen en el artículo 3.º, en el hecho se verifican sobre *efectos* públicos, títulos y acciones de toda especie, tanto sobre los que tienen un origen comercial, como sobre los puramente civiles; y las operaciones de banco, como es sabido, alcanzan igualmente hoy día una inmensa latitud con relación á las cosas ó bienes en que se efectúan.

La persona que hace del comercio su profesión habitual, ó que ejecuta accidentalmente un acto mercantil, especula, busca una ganancia; en el comercio no es conocida la gratuidad. Todos los actos y todas las operaciones comerciales persiguen el lucro (1). Por esta razón,

(1) Por general y absoluto que sea este principio tiene una excepcion que conviene examinar, tanto en su aspecto jurídico, como en sus relaciones con las costumbres mercantiles, para que quede establecida en su verdadero alcance y valor.

Definiendo el mandato comercial, dice el artículo 233 que es «un contrato por el cual una persona encarga la ejecución de uno ó más negocios lícitos de comercio á otra que se obliga á administrarlos *gratuitamente* ó

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

para que la compra y la permuta sean actos de comercio, es preciso que hayan sido estipuladas con el ánimo de celebrar otro contrato, en el cual se espere encontrar la utilidad que se ha preparado con el primero. El nuevo contrato, que puede ser otra venta ú otra permuta, y también un arrendamiento, podrá realizarse, ó bien permaneciendo las cosas muebles en la *misma forma* en que se adquirieron, ó bien tomando otra *forma distinta* que les haya dado el comprador, como lo dice expresamente el precepto legal. Esta transformación será, con frecuencia, conducente á la más fácil ó más completa consecu-

mediante una retribución, y á dar cuenta de su desempeño». Resulta de esta disposición que el mandato comercial está equiparado al mandato civil, el cual puede ser también gratuito ó remunerado (art. 2117 del Código Civil.)

Ciertamente que no encontramos fundamento alguno para que el Código de Comercio haya seguido á este respecto la regla del Derecho común. El mandato comercial, que se subdivide en comisión, mandato de los factores y dependientes, y correduría (art. 234), no constituye, en el punto que examinamos, una excepción respecto de los demás contratos mercantiles, puesto que también se persigue con él una ganancia. Que en algunos casos excepcionales y raros, el mandatario efectúe gratuitamente alguna operación mercantil, nada significa ni prueba en contra del propósito general que le anima en sus operaciones, las cuales han de serle remuneradas en compensación de su trabajo. Lo propio puede suceder con el transporte que se practique en alguna ocasión, sin pago de precio, con la venta de mercaderías que se haga al precio de costo, y con todas las demás transacciones del comercio. Hechos accidentales y aislados justificarán más bien la existencia de la regla, que consiste en que el espíritu de especulación y de ganancia sea inseparable de todos los actos de comercio; y este principio abraza también al mandato.

Por otra parte, y esto es lo más significativo, al mismo tiempo que el Código establece que la administración del mandato puede ser gratuita ó remunerada, la reglamenta en términos que hacen formar la convicción de que debe ser siempre remunerada. Así, dispone que la comisión es por su naturaleza asalariada (art. 239); que el comisionista tiene derecho para que se le retribuyan competentemente sus servicios (art. 275); que un reglamento dictado por el Presidente de la República fijará los derechos de corretaje (art. 66), como en efecto los fijó, de suerte que los corredores cobran sus derechos con arreglo al arancel sancionado por el título 3.º de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ción del lucro que se procura alcanzar, y no pocas veces formará parte de la naturaleza misma de la negociación á que se han destinado las especies. Así, el comerciante que vende directamente al consumidor, enajenará sus efectos en pequeñas cantidades, al menudeo, cuando de ordinario los habrá comprado por mayor. El sastre adquirirá paños para vender vestidos. En las boticas y droguerías, como en las fondas y cafées, será frecuente que las especies se expendan en una forma muy diversa de la que tenían al introducirse en la negociación. El objeto de este procedimiento, como el de muchos otros análogos que, por lo conocidos, excusamos mencionar, se dirige á obtener, por medio de la transformación, mayor ó más seguro provecho, fin primordial é inseparable del comercio. Es evidente, sin embargo, que éste no exige que las cosas muebles, que son materia de sus

dicho reglamento; que los factores y dependientes tienen derecho al salario estipulado, aun cuando por algún accidente no presten sus servicios durante dos meses contínuos (art. 366). En este artículo se hace referencia á la estipulación, porque la costumbre tiene establecido que medie siempre esta estipulación en las convenciones de los factores y dependientes con sus principales; y aunque no existiera pacto sobre salario, no por esto se entendería que el servicio se prestaba gratuitamente.

La gratuidad, que no repugna á las transacciones civiles, es extraña á los actos de comercio. Es lo que enseña, por una parte, la jurisprudencia comercial, y lo que, por otra, revelan invariablemente los hechos, á los cuales se conforman casi todas las legislaciones. En el Código Francés, seguido en muchas ocasiones por el nuestro, se prescribe que la comisión comercial es gratuita, á menos de convención contraria; pero su precepto se circunscribe sólo á la comisión, al paso que el artículo 233 de nuestro Código abraza las tres especies de mandato. No se comprende que el servicio de los factores y dependientes, ni el de los corredores dejen de ser remunerados, como no se comprendería tampoco que no lo fuese el arrendamiento de servicios regido por la ley civil. La comisión comercial se halla en el mismo caso; y pensamos, contra el precepto del Código Francés, que lo justo, en la teoría del Derecho, es que sea remunerada mientras el comisionista no exprese claramente que presta su intervención sin exigir pago alguno por su trabajo, que es lo que ordena nuestro Código, puesto que la comisión es, por su naturaleza, asalariada.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

contrataciones, varíen forzosamente de forma al pasar de una mano á otra, con excepción de las fábricas y manufacturas, cuyo destino es operar ese cambio en las materias primas para hacerlas adecuadas á las necesidades personales del hombre y á las exigencias de la industria. En esta transformación podrá encontrarse casi siempre una norma segura para clasificar con acierto muchos actos mercantiles, lo que sucederá infaliblemente con los efectos manufacturados, los cuales tienen que llevar impreso el sello mercantil, emanando, como emanan, de una industria que sólo tiene este carácter.

***

Desde que el que compra, para proceder mercantilmente, debe proponerse vender, es claro que el hecho de celebrarse el contrato de compra-venta que haya provisto á la adquisición de la cosa, supone la existencia de otro contrato de igual naturaleza, respecto del cual tenga el carácter de vendedor el individuo que lo tuvo de comprador respecto del primero. El nuevo comprador puede convertirse, á su vez, en vendedor, de lo que resulta que es posible que se verifique la transferencia de unas mismas cosas muebles por diversas personas que se hayan propuesto todas especular hasta que aquéllas sean consumidas por el último comprador. Concíbese fácilmente que estas transferencias de unos mismos efectos deban tener un límite: intentando todos los vendedores obtener una ganancia por medio de la enajenación, no es verosímil que esta ganancia sea conseguida despues de muchos traspasos sucesivos. El precio tiene necesariamente que recargarse en cada venta, y, siendo éstas numerosas, se haría difícil, si no imposible, el expendio. Hoy día que, con la facilidad y frecuencia de las comunicaciones, no

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pueden menos que aumentar el contacto y las relaciones de los centros productores con los lugares del consumo, el número de vendedores sucesivos de una misma especie tendrá necesariamente que disminuir. Con todo, no es extraño que el consumidor consiga todavía los efectos de un vendedor de tercera ó cuarta mano, por haber precedido á éste dos ó tres vendedores que ya habían especulado con la enajenación de los mismos efectos.

***

Si el que compra ó permuta cosas muebles lleva á cabo una operación mercantil proponiéndose vender ó permutar las mismas cosas, es posible que su antecesor en el dominio no haya ejecutado sino un acto civil, como en el caso común del agricultor que enajena los productos de su fundo. Nada se opone, sin embargo, á que este vendedor haya también comerciado con la adquisición que antes hiciera por su parte de las mismas especies; basta que haya procedido de igual modo que el que se las compra ó permuta, esto es, que, al adquirirlas, haya tenido en mira realizar una especulación. Si así no ha sucedido, habrá celebrado un contrato civil.

Llenado el fin de la especulación por medio de otra venta, otra permuta ó de un arrendamiento, se habrá realizado por el que enajena ó arrienda los efectos un segundo acto de comercio complementario del anterior, para los fines de la especulación emprendida. Entre tanto, para el nuevo adquirente ó arrendatario se producirá ó no una operación mercantil, según sea el ánimo con que haya celebrado el contrato. Si se propone efectuar una especulación igual á la que acaba de ser practicada por su antecesor en el dominio, es evidente que también habrá comerciado. Si, por el contrario, adquiere

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

las cosas para consumirlas ó para procurarse una colocación de fondos, ó si las toma en arrendamiento para aprovechar su uso, habrá celebrado un contrato civil.

Es posible, aunque no frecuente, que al que ha adquirido las especies para especular, haciéndolas objeto de un nuevo contrato, no sea dable venderlas ó arrendarlas, quizá porque su precio ha subido demasiado á consecuencia de los traspasos anteriores, ó por otras causas imprevistas, y que se vea obligado á conservarlas en su poder y á consumirlas. Esta circunstancia accidental no puede quitar á la adquisición su carácter mercantil ni desvirtuarlo, puesto que este carácter nace del *ánimo* con que se hizo la compra ó la permuta, y no del ulterior traspaso del dominio ó de la tenencia, que puede, á las veces, no realizarse. Es posible que en algunos casos prácticos ocurra esta eventualidad; pero se comprende que, antes que destinar al consumo especies adquiridas para una negociación, su dueño intentará, por punto general, enajenarlas, ya sea renunciando á la ganancia que se proponía conseguir, ya sea experimentando una pérdida que le evite otra mayor.

Por la inversa, si una persona vende lo que ha comprado para su consumo particular, ó el resto de los acopios que haya hecho con el mismo fin, no ejecutará un acto de comercio, porque en el contrato celebrado para adquirir los efectos no ha concurrido el espíritu de especulación. Esta regla se encuentra consignada en los Códigos de Comercio Español y Argentino, y no lo consignó el Legislador en el nuestro, sin duda, por creerla innecesaria, á pesar de contenerse dicha regla en el Proyecto (art. 10.)

De lo que acabamos de exponer se deduce que el comprador ó permutador á que se refiere el número 1.º tiene que ejecutar necesariamente dos actos de comercio,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

si realiza, como será corriente, el segundo contrato con que se propone especular; y que su antecesor y su sucesor en el dominio ó en la tenencia ejecutarán ó no actos mercantiles según sea el ánimo con que hayan adquirido ó arrendado las especies.

***

Conocida la índole de las operaciones comerciales y el fin que persiguen,—el lucro,—se comprende que, generalmente, no se efectúen por medio de los contratos llamados *gratuitos* ó *de beneficencia*, que, consultando la utilidad de una sola de las partes, serán muchas veces incompatibles con la naturaleza de dichas operaciones, sino mediante los contratos *onerosos*, que permiten alcanzar más fácil y completamente los propósitos del comercio.

En efecto, si se recorre la nomenclatura de los actos de comercio contenida en el artículo 3.º, puede verse que todos los contratos que en él se mencionan son de aquéllos que se proponen la utilidad de ambos contratantes, salvo el mandato con las reservas de que se ha hecho mérito. Ante todo figura la compra-venta, que es el primero y más importante de los contratos mercantiles, y al rededor del cual puede decirse que giran todos los demás. Vienen en seguida la permuta, el arrendamiento, el transporte, el seguro, el contrato de cambio, todos ellos contratos onerosos, en que cada una de las partes se grava á beneficio de la otra. El artículo no menciona la sociedad, que más adelante el Código reglamenta, y que es á la vez un título translaticio del dominio y contrato oneroso, porque los bienes aportados pasan á ser propiedad de la persona jurídica que se constituye, distinta de los socios individualmente considerados, y porque las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

personas que entran en la sociedad hacen sus aportes bajo la condición ó en la inteligencia de repartirse los beneficios que de ella provengan. Las operaciones de banco y de bolsa se efectúan por medio de diversos contratos, y ordinariamente comprenden, las primeras el mutuo, el depósito, el descuento, el giro de las letras de cambio y la cuenta corriente, y las segundas la compra-venta y la permuta. Está de manifiesto que en esta nomenclatura predomina sin contrapeso, y con una sola excepción, el título oneroso.

Pero, ¿se deduce de aquí que la adquisición de la propiedad en materia mercantil deba conseguirse necesariamente en virtud de un título oneroso, y, en consecuencia, que el que adquiere bienes á título gratuito no puede emplearlos en actos de comercio, ó, más bien, que no serán mercantiles los actos que con ellos ejecute?

La solución de esta pregunta da lugar al estudio de una cuestión jurídica, que no carece de interés.

El Código de Comercio Español contiene sobre esta materia una disposición expresa. Según dicha disposición, "no se consideran mercantiles las ventas que hagan los propietarios y cualquiera clase de personas de los frutos ó efectos que perciban por razón de renta, dotación, salario, emolumentos ú *otro cualquiera título remuneratorio ó gratuito*" (1).

En presencia de este precepto, no puede tener cabida en la Legislación Española la dificultad propuesta. Toda adquisición á título remuneratorio ó gratuito debe ser extraña á los actos de comercio, al más importante de ellos, la compra-venta. Como veremos después, la jurisprudencia hace una salvedad, á pesar de lo terminante del texto, que es digna de ser tomada en cuenta.

(1) Inciso 5.º del artículo 360 del Código de Comercio Español.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Incúmbenos observar, antes que toda otra consideración, que en nuestro Código no se registra un precepto igual ó análogo al que se acaba de citar del Código Español. Esta circunstancia es significativa. Puesto que nuestro Legislador, pudiendo consignar una restricción de esa especie, no la consignó, lógicamente debe creerse que no la aceptaba. Por otra parte, si es lícito ejecutar accidentalmente actos de comercio, siempre que estos actos aislados lleven envuelto el ánimo de especulación, puede afirmarse que ya se hayan adquirido las cosas muebles que se destinan á un negocio, á título oneroso, ó á título gratuito, en uno y otro caso es permitido llevar á cabo operaciones mercantiles. Mandato explícito que prohiba considerar comerciales las operaciones emprendidas con bienes adquiridos á título gratuito, no existe; la facultad de comerciar, sin necesidad de dedicarse á una profesión, no tiene límites en nuestro Derecho, es absoluta; y nada aconseja ponerle restricciones, ni suscitar embarazos á la libertad de las transacciones mercantiles, libertad en que generalmente se ha inspirado el Código. En cuanto al argumento de inducción deducido de la clase de actos clasificados en el artículo 3.º, pensamos, con arraigada convicción, que él no puede ser parte á contrarrestar lo que los hechos de la vida comercial revelan dia á dia, y lo que fácilmente puede suceder en las contrataciones mercantiles. Vamos á dar los comprobantes de esta aseveración.

Comenzaremos por examinar con respecto al comercio el acto de la donación. Un comerciante dona á su hijo su propio establecimiento de comercio, ó lo asocia á su especulación asignándole una parte del capital en giro. Los actos del hijo, al continuar las operaciones de la negociación que ya es de su dominio ó al hacer marchar la sociedad, ¿no serán mercantiles? ¿Qué razón podría

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

aducirse para sostener que hay incompatibilidad entre la donación y la circulación comercial de los valores donados? ¿Por qué habría de no ser mercantil el acto ejecutado con bienes muebles adquiridos gratuitamente, si dicho acto participa en lo demás de todas las condiciones que lo constituyen única y exclusivamente comercial? Que el donante no especula, no hay necesidad siquiera de enunciarlo. Ya hemos visto que en los casos más frecuentes que se presentan en el comercio, no se requiere que el primer vendedor proceda mercantilmente. Lo que que no sería comprensible, dentro del régimen del Código, es que el donatario, que es libre para disponer arbitrariamente de los bienes que han pasado á su patrimonio en virtud de la donación, no pudiera plantear con ellos una especulación mercantil, ó ejecutar los actos aislados de comercio que considerase más provechosos á sus intereses. Menos comprensible sería todavía que no pudiera especular con lo que se le ha donado para este solo objeto. Hecha la donación con el ánimo de que se destinen los bienes donados á operaciones comerciales y aceptada con el mismo propósito, concurre el requisito esencial que caracteriza al comercio. Pero exista ó no este ánimo, creemos que en todo caso depende sólo de la voluntad del donatario emplear los bienes donados en una especulación mercantil, y que no debe influir en el carácter de ésta el origen ó procedencia de las cosas muebles, que sirvan para emprenderla. Supuesta la existencia de la prohibición de comerciar con bienes adquiridos á título gratuito, se cae necesariamente en alguno de estos dos extremos: ó se limita el campo de la especulación, aun respecto de los mismos bienes mobiliarios, ó se admite que puedan ejecutarse con todos ellos actos de comercio, pero sin que participen legalmente de este carácter los que recaigan en los bienes adquiridos á título gratuito. Lo primero se-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ría aceptar una traba anti-económica y contraria á la libertad de las transacciones, y lo segundo, junto con pugnar con las reglas más elementales de la lógica, sólo importaría pagarse de palabras prescindiendo de la sustancia y realidad de las cosas. Y el texto de la ley no autoriza ni una ni otra conclusión.

Veamos ahora lo que sucede con la sucesión por causa de muerte. El heredero del comerciante fallecido, que hace suyo el establecimiento mercantil que pertenecía á éste, y continúa su explotación, no habrá adquirido, mediante un título oneroso, los bienes sobre que dicha negociación recaiga, y en realidad, al continuarla, sólo ejecutará actos de comercio tan verdaderos como los ejecutados por su antecesor. Es evidente que el modo de adquirir, que ha producido la transmisión de la propiedad, no puede tener ninguna influencia respecto del carácter mercantil de la negociación continuada por el heredero. Por lo demás, el caso á que acabamos de hacer referencia se produce frecuentemente en los centros mercantiles de importancia, en donde se ve que algunas casas de comercio llegan á tener la vida de varias generaciones, pasando de padres á hijos en virtud de una sucesión testamentaria ó intestada, y sin necesidad de que en estas transmisiones intervenga ningún contrato oneroso.

Y tanto es cierto lo que antes decíamos acerca de la influencia de los hechos sobre las creaciones ficticias de a ley, que en el mismo régimen del Código de Comercio Español, el cual declara, en la disposición ya transcrita, que no son mercantiles las ventas de efectos adquiridos á cualquier título remuneratorio ó gratuito, la doctrina enseña que «el comerciante que por herencia ó legado adquiere mercaderías ó efectos de otro comer-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ciante, hace una operación mercantil, sin disputa, cuando los vende.» (1)

Del mismo modo, si con el producto de la caza ó la pesca se hace una especulación ó se ejecutan actos accidentales para obtener un lucro, la operación comercial es evidente, no obstante el origen de la adquisición que ha servido para especular. La pesca, especialmente, suele dar lugar entre nosotros á negociaciones de alguna importancia, y, en otras partes, de considerable valor; pero, sea grande ó pequeño el desarrollo de la especulación, existiendo el espíritu que imprime carácter comercial al acto ó conjunto de actos de que se trata, su clasificación no puede ser dudosa. Es verdad que la pesca está de ordinario unida á operaciones marítimas, que participan casi sin excepción de la índole comercial; pero si fuera completamente extraña al comercio, no por eso cambiaría la naturaleza de los actos jurídicos á que ella puede dar márgen. Además dichas operaciones no son siempre indispensables para la existencia de esta industria, y no tienen nada que ver con la enajenación de sus productos, en la cual consiste el acto mercantil.

En otras ocasiones la venta no dejará tampoco de ser un acto de comercio, aunque las cosas muebles que se enajenen no hayan sido adquiridas por medio de una compra, de una permuta ó de alguno de los otros títulos translaticios del dominio comprendidos en la enumeración del artículo 3.º. En el caso de una fábrica de azúcar ó de paños,—establecimiento mercantil que se alimenta con los productos de un fundo anexo,—la venta de los efectos en ella manufacturados no dejará de ser comercial á consecuencia de que estos efectos no hayan sido adquiridos á virtud de uno de aquellos títulos. La explo-

(1) González Huebra, *Curso de Derecho Mercantil.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tación del fundo que suministra la materia prima ha de ocasionar gastos, y su adquisición habrá importado seguramente el desembolso del precio de compra. Mas los efectos vendidos no proceden de ninguno de los contra tos que especifica el artículo 3.º, y su enajenación es un acto exclusivamente comercial.

Igual cosa debe decirse en un caso que ya se ha presentado y que puede presentarse con frecuencia. El agricultor, que, destinando su fundo al cultivo de viñedos, convierte su producción en vino, y lo enajena en un almacén que abre con este objeto en la plaza inmediata, no ejecuta por cierto un acto civil. Esta ejecución será indudablemente un acto de comercio, aunque el vino sea el resultado de una industria no comercial. Se especula con él del mismo modo y en la misma forma que con cualquiera otra mercadería. En este ejemplo, como en el anterior, tomados ambos de la vida real y cuotidiana del comercio, no ha sido menester que, para la adquisición de las cosas en que se ha ejercitado la función mercantil, intervenga directamente un título oneroso.

La consecuencia que natural y lógicamente fluye de estas observaciones es que la índole comercial de un acto no depende de la procedencia de las cosas en que dicho acto se ejecute: haya sido alcanzado el dominio, ya por medio de un contrato oneroso, ya á título gratuito, el acto será mercantil siempre que concurra el espíritu de especulación. Nuestro Legislador no creyó necesario reglamentar sino las negociaciones más comunes y frecuentes, dejando que en las demás rigiese el derecho civil en conformidad al mandato general del artículo 2.º. De aquí que la circunstancia de no mencionarse en el artículo 3.º todos los títulos translaticios del dominio ni ninguno de los modos de adquirirlo, no pueda ser interpretada en el sentido de que no son comerciales las diver-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sas operaciones que hemos mencionado por no encontrarse comprendidas en su letra.

La historia fidedigna del establecimiento de la ley suministra también un argumento en apoyo de nuestra doctrina. El *Proyecto*, como el Código de Comercio Español, contenía una disposición especial (art. 10), relativa á los actos que no se reputan mercantiles. En esa disposición, que el Legislador no creyó necesario reproducir en el Código, no se hablaba de las ventas de los efectos percibidos á título remuneratorio ó gratuito, y parece evidente que, siendo en esta materia menos restrictivo que el *Proyecto*, el Código ha estado muy lejos de negar la posibilidad de que se ejecuten actos de comercio sobre los efectos percibidos á dicho título.

Pensamos firmemente que la verdad jurídica, que no puede revocarse en duda, es que no se requiere que intervenga forzosamente, para la adquisición de las cosas muebles, un contrato oneroso como antecedente indispensable para que pueda producirse un acto de comercio, siendo, por lo demás, evidente que, así como la compraventa es el contrato que domina en las contrataciones comerciales, los títulos gratuitos representarán en ellas un papel muy secundario y poco importante.

La compra y la permuta de cosas muebles, hechas con ánimo de vender, permutar ó arrendar las mismas cosas, son actos de comercio: realizadas con el fin de conseguir *objetos destinados á complementar accesoriamente las operaciones principales de una industria no comercial* ¿participarán del mismo carácter? El inciso 2.º del número que examinamos contesta negativamente á esta pregunta. Atendida la disposición de este inciso, la compra y permuta de esos objetos no son actos mercantiles: la razón es obvia. Una vez que falta la base del carácter comercial al acto, es lógico que éste no pueda existir mercantil-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mente. Es lógico asimismo que la operación accesoria participe de las condiciones de la principal. Por estas razones el precepto del referido inciso no puede ser más racional y fundado.

Sin embargo, aunque teóricamente y en vista del texto legal esta inteligencia atribuida al precepto se ofrece como incuestionable, en la apreciación de algunos casos prácticos suelen surgir controversias y dificultades, que traen divididas las opiniones. Es lo que acontece, por ejemplo, con la compra de animales flacos hecha por un agricultor con el ánimo de venderlos gordos.

Para unos, esta compra no constituye un accesorio de una operación agrícola, sino que es una operación principal y aislada, que no sirve para complementar ninguna otra del que la ejecuta. Realizada á título oneroso, con el propósito de especular, reune todos los requisitos que imprimen carácter comercial, según el inciso 1.º del número que comentamos.

Según otros, el inciso 2.º de este número tuvo precisamente por objeto excluir del comercio actos de la naturaleza del que se acaba de mencionar, los cuales, por esta razón, solo pueden tener carácter civil.

La historia fidedigna del establecimiento de la ley suministra un antecedente que, arrojando luz sobre la cuestión propuesta, puede servir para resolverla con acierto. Entre los acuerdos celebrados por la Comisión Revisora del Proyecto del Código de Comercio, se encuentra uno que dice textualmente: «Siguióse despues la revisión del artículo 1.º del Proyecto (que equivale al 3.º del Código), y se acordaron estas modificacisnes: 1.ª agregar al número 1.º la siguiente aclaración: *Sin embargo, no son actos de comercio la compra ó permuta de objetos destinados á complementar accesoriamente las operaciones principales de una industria no comercial.* De

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

manera que, según esta declaración, el agricultor que revende con el vino de su cosecha los toneles que compró para envasijarlo, *como el que compra ganados para revenderlos*, no hacen actos de comercio.»

Juzgando esta cuestión únicamente por la letra del texto legal, con prescindencia absoluta de la historia de su formación, habrá que averiguar y establecer, para resolver la dificultad, alguno de los dos hechos siguientes: ¿Ha ejecutado el agricultor un acto accesorio de su especulación argícola? ¿Ha ejecutado, por el contrario, un acto independiente de aquella especulación? Si lo primero, no puede ponerse en duda el carácter civil del acto; si lo segundo, es igualmente indiscutible el carácter comercial del mismo. El precepto de la ley es terminante: declara que *no son actos de comercio la compra y permuta de objetos destinados á complementar* ACCESORIAMENTE *las operaciones principales de uua industria no comercial.*

Pero, si el texto legal es claro, y debe ser entendido en el sentido expuesto, nace la duda desde que se contempla la declaración contenida en la parte final del acuerdo antes transcrito de la Comisión revisora del Proyecto. Allí se expresa que *el agricultor que compra ganados para revenderlos no hace acto de comercio.* No indicándose en esta declaración que la compra de ganados haya sido efectuada como un accesorio de una operación principal, debe creerse que en todo caso no constituye un acto mercantil, ó, lo que es lo mismo, que dicha compra debe ser considerada siempre como una operación accesoria, y revestir el carácter de la industria principal en que interviene.

La distinción que hemos establecido entre la operación principal y la accesoria de las especulaciones agrícolas de que se trata, no es nominal ni insignificante. La compra de ganados para revenderlos es, por lo común,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

uno de los varios ramos de negocios en que el agricultor se propone especular con la explotación de su fundo; pero puede constituir y constituye muchas veces la mayor parte de su especulación si no toda ella. En este segundo caso, comprando ganados para revenderlos, habría practicado actos de comercio, puesto que no ha tenido por objeto complementar accesoriamente las operaciones principales de una industria no comercial, sino que se ha propuesto únicamente especular revendiendo los animales comprados.

Por estas razones pensamos que, siendo perfectamente fundado el propósito de la Comisión Revisora, no lo consignó en el texto de manera que dejase de prestarse á diversas interpretaciones, atribuyendo el carácter de accesorias á operaciones que muchas veces no lo son, y que, ya sean accesorias, ya principales, constituyen actos civiles de una especulación agrícola. Es frecuente en Chile que el agricultor dedique exclusivamente el fundo de su dominio ó que tiene en arrendamiento á la crianza de animales, que compra flacos para venderlos después gordos. Esta es, á nuestro entender, una operación agrícola como cualquiera otra con que se explota los fundos, aunque revista, como varias otras de la agricultura, ciertas apariencias de carácter comercial. Reducida á este único objeto la explotación, no por no ser ésta accesoria se convertirá en acto comercial, porque, con toda evidencia, corresponde á una industria distinta. Sin duda fué esta también la mente de la Comisión Revisora, la cual, preocupándose demasiado con lo accidental de la operación, no se fijó en que podía ser, y es, en efecto, muchas veces principal, y en que, aun en este carácter, no era tampoco acto de comercio.

José Alfonso.

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

LAS NOTAS DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL, Á propósito de un artículo publicado en esta "Revista"

Con el título de *Sucesión de los ascendientes; error de una de las notas anexas al Código Civil*, ha aparecido en el número 6 del tomo II de la REVISTA FORENSE CHILENA un artículo en que su autor se propone manifestar la disconformidad que existe entre la nota relativa al artículo 1184 del *Código Civil* y una de las disposiciones del mismo.

La nota á que se alude es la siguiente:

"Supongamos, dice, una masa de 24,000 pesos. El difunto deja tres hijos legítimos y dos nietos cuyo padre ha muerto. Á cada hijo, sucediendo abintestato, corresponderían 6,000 pesos; por consiguiente, á cada hijo de los vivos le corresponden, por su legítima rigorosa, 3,000 pesos y á cada nieto, 1,500.

"El difunto no ha dejado hijos, sino ascendientes; es á saber, su padre y dos abuelos de la línea materna. Abintestato el padre heredaría 16,000 pesos, y cada uno de los dos abuelos, 4,000. La legítima rigorosa del primero es 8,000, y la de cada uno de los otros, 2,000.

"Con los expresados ascendientes, concurre un hijo natural. Abintestato, corresponden á los ascendientes 18,000 pesos (12,000 al padre, 3,000 á cada uno de los abuelos) y al hijo natural, 6,000. Las legítimas rigorosas de los tres primeros son 6,000 pesos, 1,500, 1,500; y la del hijo natural, 3,000 pesos.

"Deja el difunto dos hermanos y cuatro hijos naturales. La legítima rigorosa de cada uno de éstos es 1,500 pesos.—Los hermanos no tienen sino lo que el testador haya querido dejarles, porque no son legitimarios."

En el trabajo á que hemos hecho referencia se observa, y con justicia, que la nota precedente está en contra-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dicción con lo que dispone el artículo 989 del *Código Civil.*

El articulista expresa esta opinión con cierta timidez, sorprendido sin duda de que antes no se hubiera llamado la atención acerca de un error tan manifiesto, cuya causa no acierta á explicarse.

Parecerá extraño, pero son muchos, sin embargo, los que creen, como el autor del artículo citado, que las notas que aparecen á manera de apéndice en algunas ediciones del *Código Civil*, fueron escritas por don Andrés Bello para que sirvieran de fuentes á las disposiciones contenidas en dicho *Código.*

Esta equivocación ha dado origen á muchas otras.

Multitud de veces se ha pretendido torcer el sentido de algunos de los preceptos del *Código Civil*, fundándose en lo que se dice en la nota que le corresponde.

Á fin de evitar en cuanto se pueda el que las personas que traten de interpretar las disposiciones del expresado *Código* incurran en errores nacidos de esta falsa creencia, vamos á traer á la memoria de nuestros lectores algunos datos relativos á las notas mencionadas.

Éstas aparecieron por primera vez agregadas al *Proyecto de Código Civil*, publicado el año de 1853.

Cada uno de los cuatro libros de que se componía este *Proyecto*, fué impreso por separado con las notas correspondientes.

Don Andrés Bello, al dar á la estampa el primero de estos libros, decía al final de una *Advertencia* lo que se copia á continuación:

«He añadido á este primer libro algunas notas que apuntan á la ligera las fuentes de que se han tomado, ó los motivos en que se fundan los artículos que pueden llamar principalmente la atención. En algunos, las notas parecerán superfluas; en otros se echarán menos. Siento

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

decir que por falta de tiempo no me ha sido posible observar bajo este respecto un método uniforme en todos los títulos; pero me dedicaré gustoso á este trabajo, si pareciere útil.»

Resulta, pues, de lo que antecede que las notas de que tratamos fueron redactadas por don Andrés Bello con el objeto de que pudieran servir de fuentes á las diversas disposiciones del *Proyecto* de 1853.

Respecto al libro sobre la *Sucesión por causa de muerte* que fué publicado primitivamente en las columnas de *El Araucano* por los años de 1841 y siguientes, debemos advertir que tiene sus notas especiales, que pueden consultarse en la utilísima obra dada á luz por el ilustrado jurisconsulto don Enrique Cood sobre *Antecedentes legislativos y trabajos preparatorios del Código Civil de Chile.*

Como se sabe, el *Proyecto* de 1853 experimentó más tarde numerosas alteraciones; de tal modo que las notas que á él se referían quedaron, muchas de ellas, inútiles, contradictorias ó inconexas con relación al *Proyecto* definitivo.

Hemos hablado en otra ocasión del propósito que abrigaba el señor Bello, en los últimos años de su vida larga y laboriosa, de poner estas notas en armonía con las disposiciones del *Código Civil*, propósito que, por desgracia, no llevó á cabo sino en términos muy reducidos (1).

El error de los que consideran que las notas y referencias publicadas en algunas ediciones del *Código Civil* fueron redactadas por don Andrés para que sirvieran de fuentes á este mismo *Código*, proviene de que algunos

(1) Este trabajo inédito de don Andrés Bello, que hemos encontrado entre sus manuscritos y cuya importancia es fácil apreciar, se publicará en breve como parte del opúsculo titulado *Don Andrés Bello y el Código Civil.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

editores al reproducirlas han procurado adaptarlas á la numeración de los artículos de éste y aun á sus disposiciones.

La primera edición del *Código Civil* que trae anexas las referencias y notas explicativas del *Proyecto* de 1853, es la hecha en Santiago bajo la dirección de don Ambrosio Rodríguez por la Imprenta Chilena en julio de 1858.

El señor Rodríguez, al preparar esta edición, trató de poner dichas notas en armonía con los artículos del *Código Civil*, pero su trabajo deja mucho que desear, como lo prueba la nota que corresponde al artículo 1184, que hemos reproducido anteriormente.

Algunos años después, don Manuel Amunátegui, en 1865, fué comisionado por el Gobierno para revisar y corregir una nueva edición del *Código Civil*, que debía también contener las notas y referencias del *Proyecto* de 1853.

Esta edición, que es indudablemente una de las más correctas y esmeradas que se han publicado, fué hecha por la Imprenta y Librería del Mercurio.

El señor Amunátegui hizo un estudio concienzudo de las notas del *Proyecto*, y procuró adaptarlas en lo posible á las disposiciones del *Código Civil*.

No pasó, pues, inadvertida para él la contradicción que había entre la nota 1,184 de la edición del señor Rodríguez y el artículo 989 del mencionado *Código*.

Para armonizarlos, la nota fué redactada en los siguientes términos:

"Supongamos una masa de 24,000 pesos. El difunto deja tres hijos legítimos y dos nietos cuyo padre ha muerto. Á cada hijo, sucediendo abintestato, corresponderían 6,000 pesos; por consiguiente, á cada hijo de los vivos le corresponden, por su legítima rigorosa, 3,000 pesos, y á cada nieto, 1,500.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"El difunto no ha dejado sino padre legítimo y un hijo natural. Abintestato el padre heredaría 18,000 pesos, y el hijo natural, 6,000. La legítima rigorosa del primero es 9,000 pesos, y la del segundo, 3,000.

"Deja el difunto dos hermanos y cuatro hijos naturales. La legítima rigorosa de cada uno de éstos es 1,500 pesos.—Los hermanos no tienen sino lo que el testador haya querido dejarles, porque no son legitimarios."

Como se ve, la forma que dió el señor Amunátegui á la nota correspondiente al artículo 1,184 del *Código Civil*, no se presta á las objeciones á que ha dado lugar la misma nota de la edición del señor Rodríguez.

Con posterioridad á las ediciones del *Código* de que hemos hablado hasta ahora, se han dado á luz otras que traen asimismo anexas, sea las notas explicativas del *Proyecto* de 1853, arregladas por el señor Rodríguez, sea las reformadas por el señor Amunátegui.

En la edición hecha en Santiago en enero de 1871 por la Imprenta de la Libertad, bajo la dirección de don Miguel Elizalde, se reproducen las notas que llamaremos del señor Rodríguez.

Otro tanto sucede en la edición económica de los *Códigos Chilenos*, impresa en Leipzig (F. A. Brockhaus) en 1882, bajo la dirección de don Carlos Morla Vicuña.

La edición del *Código Civil* hecha en Santiago en la Imprenta de la Librería del Mercurio el año de 1877, es la única de las que conocemos que ha vuelto á dar á la estampa las notas publicadas por el señor Amunátegui en 1865.

De desear sería que en las futuras ediciones de nuestro *Código Civil*, en que se pretenda reproducir las notas de que nos hemos ocupado, se advierta de una manera suficientemente clara y explícita que éstas fueron redactadas por don Andrés Bello con el propósito de que sir-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vieran de fuentes al *Proyecto* del año de 1853 y no al *Código*, como lo piensan algunos.

De este modo, cualquiera que desee consultarlas, sabrá á qué atenerse en esta materia, y evitará así el caer en errores y confusiones que no deberían existir.

MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI REYES.

UNA CUESTIÓN SOBRE EFECTO RETROACTIVO DE LA LEY

AL SEÑOR DON JOSÉ EUGENIO VERGARA

Las mujeres de los territorios anexados á Chile á consecuencia de la última guerra, casadas durante el régimen peruano ¿conservan hoy día la facultad de administrar sus bienes parafernales?

SUMARIO.—I. La mujer casada bajo el régimen peruano ¿conserva hoy dia la administración de sus bienes parafernales en las provincias de Tarapacá y Tacna? Importancia de nuestra ley del efecto retroactivo para resolver ésta y otras muchas cuestiones en los territorios anexados.—II. Divergencia entre la Legislación civil peruana y la chilena en lo tocante á administración de bienes aportados al matrimonio. —III. Aparente contradicción entre los arts. 3.° y 8.° de la ley del efecto retroactivo.—IV. Origen de la ley del efecto retroactivo. ¿Es un principio constitucional?—V. Disposiciones de los Códigos extranjeros análogas á la del art. 9 de nuestro Código Civil. El principio de la no retroactividad tiene importantes limitaciones.—VI. Leyes reales y personales. Son personales las que atañen al estado civil, aun cuando accesoriamente dispongan sobre bienes.—VII. La facultad de administrar sus bienes es el primer efecto de la capacidad personal.—VIII. El Legislador puede alterar las leyes sobre estado personal; no debe hacerlo. Las leyes que reglan la capacidad perso-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nal se aplican al pasado. Opiniones de Laurent, Rogron, Pacheco, Marcadé, Mourlon.—IX. Las leyes que reglan la capacidad de la mujer casada se aplican al pasado. Doctrina de Mailher de Chassat. Consecuencia.—X. Doctrina de Savigny. Concuerda en el fondo con la de los autores precedentemente citados.—XI. Aplicación del artículo 8.° de la ley del efecto retroactivo. Conclusión.

I

Una de las cuestiones más graves por sus consecuencias, é interesante por su novedad, es la que hemos planteado en el encabezamiento de este artículo. Su solución acarreará la validez ó nulidad de numerosos actos, ya ejecutados ó por ejecutarse, y tendrá una importante influencia en las relaciones civiles y jurídicas de la mayoría de los habitantes de la provincia de Tarapacá y de la casi totalidad de los de la de Tacna.

Hemos creído que el estudio que de ella nos proponemos hacer, podrá ser de algún provecho práctico para las personas á quienes ha afectado el cambio de la legislación que ha tenido lugar en estos territorios; y que, aun sin salir del terreno especulativo, llamará la atención de los ilustrados lectores de esta Revista un problema que felizmente podemos resolver con plena seguridad á la luz de las disposiciones de nuestra ley de 7 de octubre de 1861.

Esta importante ley ha venido á llenar un vacío que se hace sentir todavía en las legislaciones de otros países. Sus preceptos claros y metódicos han reemplazado todo un cuerpo de doctrinas, sobre las cuales autores distinguidos, si bien de acuerdo en los principios fundamentales, difieren frecuentemente en las cuestiones secundarias que de ellos se derivan, ó en algunos de los numerosos casos de mera aplicación á que dan lugar los cambios

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de legislación, sobre todo en esta época en que se opera la reforma de casi todas nuestras leyes.

La ley aludida ha condensado las bases capitales que dieron margen á los estudios y disertaciones de los autores, y, de acuerdo con casi todos ellos, ha proporcionado á los Tribunales de la República la norma fácil y segura á que deben ajustarse en sus decisiones.

Manifestar las ventajas inapreciables de tener á la mano un guía tan práctico, que ahorra, en la generalidad de los casos, las investigaciones y estudios especulativos para la resolución de las más graves cuestiones, es de todo punto excusado para los que profesan el Derecho y revisan las sentencias de los Tribunales.

Pero es en las provincias de Tarapacá y Tacna donde han sido más preciosos los servicios que ha prestado á la administración de justicia la ley de 7 de octubre de 1861. El cambio completo de legislación que ha tenido lugar en esos territorios ha sido y continuará siendo el origen de numerosas cuestiones nacidas de los conflictos entre la legislación peruana y la chilena.

Enumerando Savigny las formas en que más frecuentemente se presentan las colisiones de las reglas jurídicas dictadas en tiempos diversos, dice: «El lugar donde reside una relación de derecho, separado del Estado á que pertenecía, se incorpora á otro Estado, y, por lo mismo, viene á someterse bajo el imperio de la ley de este otro Estado; el derecho así sustituido puede resumirse en un Código, ó, al lado de éste, pueden existir leyes aisladas ó diversas reglas de derecho consuetudinario» (1).

Tal es el caso nuestro; y de aquí resulta que los fallos de los juicios seguidos en Tarapacá y Tacna, hayan sido dictados ordinariamente á la luz de las disposiciones de la citada ley.

(1) *Sistema del Derecho Romano actual*, § 383.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

II

Entre las cuestiones concretas y determinadas que han requerido una resolución cuya base sea la aplicación de esta ley, pocas pueden revestir caracteres de más gravedad é importancia que aquélla que hemos formulado al comenzar este artículo.

El Código Civil del Perú constituye la sociedad conyugal de una manera análoga á la del Código Chileno; pero mientras éste pone todos los bienes sociales y los propios de cada cónyuge, que no hayan sido exceptuados en las capitulaciones matrimoniales, bajo la administración del marido, quien, según la enérgica expresión de la ley, es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio (1); el peruano, al dar al marido la administración de los bienes de la sociedad conyugal, excluye expresamente de esa administración los bienes parafernales, que la mujer administra por sí, con la prohibición de enajenarlos ó hipotecarlos y de parecer en juicio como demandada por razón de ellos, sin el consentimiento del marido, ó del juez en subsidio (2).

La administración del marido en los bienes parafernales no puede establecerse sino por voluntad de la mujer, que tiene derecho á recuperarla cuando lo crea conveniente; ó por el hecho de no haber dote constituida, debiendo en este caso pasar á la administración del marido la mitad solamente de los bienes parafernales, y esto, todavía, con tales formalidades, que en la práctica esta facultad resulta verdaderamente ilusoria.

(1) Arts. 1749 y 1750 del Código Civil Chileno.
(2) Arts. 181, 955 y 1038 del Código Civil del Perú.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Las costumbres sociales, que en Chile han hecho letra muerta las disposiciones concernientes á capitulaciones matrimoniales, han hecho otro tanto en el Perú con las que se refieren á los bienes dotales; de manera que lo frecuente y ordinario es que la mujer casada no aporta dote al matrimonio ni está en uso exigirla á los que tienen obligación de darla, y así, el aporte de la mujer queda generalmente reducido á los bienes parafernales.

III

Hemos visto que las disposiciones del Código Civil Peruano, sobre administración de los bienes de la mujer casada, que traen origen de la ley 17, tít. 11, Part. 4.ª, y de la 55 de Toro, son completamente diversas de las que consigna nuestra legislación, que en esta parte ha introducido profundas modificaciones en el antiguo Derecho civil español.

Ahora bien, vigente en la actualidad en los territorios del norte, que antes pertenecían al Perú, la legislación chilena ¿en qué condición quedan las mujeres casadas bajo el régimen peruano? ¿conservan la administración de sus bienes parafernales, ó han quedado sometidas á la ley chilena, que no les concede la facultad de administrar?

La ley de 7 de octubre de 1861 no es bien explícita á este respecto, ó más bien, se presta, á primera vista, á una doble y contraria inteligencia.

El art. 3 dispone que el estado civil adquirido conforme á la ley vigente á la fecha de su constitución, subsistirá aunque ésta pierda después su fuerza; «pero, agrega, los derechos y obligaciones anexos á él, se subordinarán á la ley posterior, sea que ésta constituya nuevos derechos y obligaciones, sea que modifique ó derogue los antiguos».

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En el caso que estudiamos, es, pues, fuera de duda, que los derechos y obligaciones de los cónyuges que nacen del estado del matrimonio contraído durante el régimen peruano, deben subordinarse á las disposiciones de la ley chilena implantada con posterioridad.

¿Cuáles son esos derechos y obligaciones? Algunos enumera la ley al formar, en el segundo inciso del artículo 3.º, el corolario de la disposición consignada en el primero. Estas son: las reglas de subordinación y dependencia entre cónyuges, entre padres é hijos, entre guardadores y pupilos, que se hacen obligatorias desde que comience á regir la nueva ley que las establece, sin perjudicar por eso el pleno efecto de los actos válidamente ejecutados bajo el imperio de la ley anterior.

Por su parte, el art. 8.º dispone: "El que bajo el imperio de una ley hubiere adquirido el derecho de administrar sus bienes, no lo perderá bajo el de otra, aunque la última exija nuevas condiciones para adquirirlo; pero en el ejercicio y continuación de este derecho, se sujetará á las reglas establecidas por la ley posterior".

Si, pues, en el caso del matrimonio, el art. 3.º sujeta sus efectos á las disposiciones de una ley posterior, dando á cada uno de los cónyuges los nuevos derechos y obligaciones que ella establece, y, por consiguiente, al marido el derecho de administrar los bienes de la mujer; y el segundo establece que el derecho de administrar los bienes no se pierde por una ley posterior ¿cuál es, en definitiva, de estas dos disposiciones la que debe aplicarse? ¿Pasa al marido, en conformidad al art. 3.º, la facultad de administrar los bienes de su mujer, ó conserva la mujer este derecho en conformidad al art. 8.º?

Para solucionar esta dificultad, analizaremos detenidamente el sentido y el alcance de una y otra disposición, y, comparándolas, llegaremos naturalmente á la conclu-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sión de que no hay entre ellas ni siquiera una aparente contradicción, puesto que una y otra se refieren á casos y objetos diferentes.

IV

La ley de 7 de octubre de 1861 es una ley interpretativa ó declaratoria del sentido que tiene el primer inciso del art. 9.º del Código Civil. Este artículo expresa textualmente que «la ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo», y arranca su origen de un principio de Derecho, consignado primitivamente en la legislación romana y adoptado hoy día en todos los Códigos modernos.

Ha sido materia de seria discusión si el principio de la retroactividad, como que afecta los fundamentos mismos del orden social, debería ó no consignarse en la Constitución de los Estados. La Constitución francesa del año III dispuso expresamente en su artículo 14 que ninguna ley criminal ni civil debe tener efecto retroactivo; pero la del año VIII, más fiel á su verdadero objeto, suprimió esta disposición, y hoy día la opinión de que el Poder Legislativo no puede dictar leyes con efecto retroactivo está casi definitivamente abandonada por los jurisconsultos; aunque no faltan algunos que aún la sostienen, como el notable comentador del Código Civil Peruano don Toribio Pacheco, que cree que el principio general de la retroactividad es una garantía que asegura la tranquilidad, la paz y el orden de los ciudadanos y de la sociedad, por cuanto pone á ésta y á aquéllos al abrigo del capricho del Legislador, quien, hallándose ligado por esa máxima del Derecho Natural y de sana razón, no podrá imponer castigo por hechos que la ley no prohibe, ni atentar á los derechos ya adquiridos. «De aquí

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nace, agrega, la razón de la necesidad que hay de consignar ese principio, no solamente en las leyes ordinarias, sino también en la ley fundamental, en la ley constitutiva del Estado, á la que deben sujetarse y con la que deben conformarse siempre todas las demás» (1).

Don Jacinto Chacón, comentando el art. 9 del Código Civil Chileno, manifiesta la opinión de que el principio está consagrado también por el art. 12 de la Constitución de la República, que asegura á todos sus habitantes «la inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan á particulares ó á comunidades, y sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella, por pequeña que sea, ó del derecho que á ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial». De aquí deduce que el Legislador chileno no puede dar á sus leyes un efecto retroactivo (2).

Pero nos parece errónea la anterior opinión, tanto porque el precepto constitucional se ha referido únicamente á una parte de los derechos reales, cuanto porque contiene en sí mismo dos limitaciones importantes: 1.ª, la del caso de una sentencia judicial; y 2.ª, la utilidad pública que puede motivar una expropiación, sin que el dueño tenga otro derecho que el de una equitativa indemnización. Nada dice el artículo citado sobre derechos personales ni sobre otros derechos reales, que, como el de herencia, no están claramente comprendidos en él.

El principio de la no retroactividad no es tan absoluto ni tan general como se requeriría para consignarlo en la Carta Fundamental. Por el contrario, los autores están de acuerdo en que hay leyes, como, por ejemplo,

(1) *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, Nociones generales.

(2) *Exposición razonada y estudio comparado del Código Civil Chileno*, Título preliminar.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

las políticas, que, por su naturaleza, tienen fuerza retroactiva, y deben ser aplicadas sin respeto alguno por los derechos adquiridos.

El Legislador puede dictar leyes sin otras restricciones que las que establece la Constitución, cuidando de no atentar á los derechos que ella garantiza. Es al juez á quien obliga principalmente el principio de la no retroactividad; y en los países en que no existen las disposiciones de una ley positiva que regle esta materia, el juez mismo puede, y debe, en muchos casos, aplicar la ley, cuando ella no preceptúa expresamente para el porvenir, á los hechos pasados, siempre que de este modo interprete fielmente la voluntad del Legislador (1).

V

Hemos dicho que el principio de la no retroactividad de la ley está reconocido en la legislación moderna de casi todos los países.

Conocido es el precepto de la ley romana (L. 17, tít. 14, lib. 1.º Cod. De Legibus): «Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari.» Él ha sido la base de las disposiciones que posteriormente se han dictado en los diversos países que han codificado sus leyes civiles; y ya había sido adoptado en la ley 15, tít. 14, Part. 3.ª, en lo referente á contratos y delitos; y en la 1.ª, tít. 5, L. 4 del Fuero Real, que trata de delitos y penas.

El Código de Napoleón establece en su artículo 2.º: «La ley no dispone sino para el porvenir y no tiene efecto retroactivo».

(1) Laurent, *Principes de Droit civil français*, Título preliminar, cap. III.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El Prusiano se expresa en estos términos, § 14: «Las leyes nuevas no pueden aplicarse á los actos ni á los hechos anteriores á su promulgación».

El Austriaco dice en su § 5: «Las leyes no tienen efecto retroactivo; así pues, no ejercen ninguna influencia sobre los actos anteriores á su promulgación, ni sobre los derechos adquiridos».

El Peruano traduce literalmente en su art. 2.º la disposición del Código Francés; y el Proyecto de Código Español se limita á decir textualmente: «Las leyes no tienen efecto retroactivo».

«Es, dice García Goyena examinando este precepto, con más concisión el 2 Francés, 2 Napolitano, 1 de Vaud, 11 Sardo, 5 Austriaco, 8 de la Luisiana, que añade: No puede alterar las obligaciones contenidas en los contratos. El 8 de Holanda añade también: Á menos que se trate de leyes interpretativas, ó de casos especialmente reservados. Según los 14 al 21 Prusianos, las leyes interpretativas deben aplicarse á las contestaciones pendientes» (1).

La no retroactividad de la ley se puede, pues, considerar como un principio generalmente acatado, y reconocido ya como precepto positivo en todas las legislaciones; pero es evidente que en su aplicación tiene serias é importantes limitaciones. La misma ley romana le imponía la siguiente: «Nisi nominatim de prœterito tempore, et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.» Puede, por consiguiente, la ley misma ordenar de un modo expreso que sus efectos se retrotraigan á una época anterior y puede tener lugar esta retroactividad por la sola naturaleza de los actos jurídicos á que se refiere. Así lo han

(1) *Concordancias y comentarios*, art. 3.º

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

entendido sin excepción todos los tratadistas de la materia, y así lo ha consagrado de una manera terminante nuestra ley de 7 de octubre de 1861.

VI

Sentados estos preliminares llegamos ya á la cuestión concreta que es materia de este artículo. Ella puede formularse en los siguientes términos: ¿La mujer casada bajo el imperio de una ley que le concede la administración de sus bienes parafernales, la conserva bajo el imperio de una nueva ley que atribuye esa misma facultad al marido, comprendiéndola entre los derechos que le confiere la potestad marital?

Los jurisconsultos establecen ordinariamente una marcada distinción entre las leyes y estatutos reales, y las leyes y estatutos personales. Los primeros tienen por objeto principal las personas, y los segundos disponen sobre los bienes. «Es importante, dice Favard de Langlade, no confundir las leyes personales con las reales; se ve que, por sus efectos, estas dos especies de leyes ejercen una influencia recíproca, aunque secundaria, la una sobre la otra, lo que las hace, á veces, difíciles de distinguir. Á fin de no equivocarse en este punto, preciso es examinar cuál es el fin principal, directo é inmediato de la ley; si ese fin tiene por objeto la persona, la ley es *personal;* y es *real* cuando tiene por objeto los bienes. La aplicación de esta regla es fácil en teoría. Las leyes que componen el primer Libro del Código Civil, titulado *De las Personas*, son leyes *personales*, porque tienen por objeto principal, directo é inmediato, las personas; y si obran sobre los bienes, es sólo de una manera secundaria. Las leyes que componen los otros dos Libros del Código y que tratan *De los Bienes*, de las *Diferentes Mo-*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dificaciones de la Propiedad, y de las *Diferentes Maneras de Adquirir* son leyes *reales*, porque tienen por objeto principal, directo é inmediato, los bienes, y su efecto sobre las personas es puramente accesorio.» (1)

Establecida esta distinción en los términos que queda formulada, es incuestionable que las disposiciones del Código Civil concernientes á los derechos y obligaciones de los cónyuges y á las reglas de dependencia y subordinación entre ellos, están comprendidas entre las *leyes personales*, no solamente por formar parte del Libro del Código destinado á tratar de las Personas, sino también, y muy principalmente, porque son el objeto único y exclusivo del título 6.º que trata de las *Obligaciones y Derechos entre los Cónyuges*. «La potestad marital, dice el artículo 132, es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer.» «Por el hecho del matrimonio, añade el art. 135, se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer según las reglas que se expondrán en el título *De la Sociedad Conyugal.*» El art. 148 declara incapaz de administrar la sociedad conyugal al marido menor de 21 años, disponiendo que se le nombre un curador para este efecto.

El poder, pues, de administrar los bienes de la sociedad conyugal, y, por consiguiente, los que han sido aportados por la mujer, es parte integrante de los derechos que confiere la potestad marital, y no cabe duda de que á ellos se ha referido de un modo terminante y expreso el art. 3.º de la ley de 7 de octubre de 1861, cuando dice que las obligaciones y derechos anexos al estado civil deben subordinarse á la ley posterior, sea que ésta

(1) *Répertoire de la nouvelle législation*, artículo *Éffet rétroactif.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

constituya nuevos derechos y obligaciones, sea que modifique ó derogue los antiguos.

Este sentido de la ley está en perfecto acuerdo con la opinión de la generalidad de los jurisconsultos. El mismo Favard de Langlade, arriba citado, expresa que las leyes personales, ó que reglan la capacidad civil ó estado de las personas, toman al individuo y producen su efecto desde el día de su promulgación. No se considera, por esto, que tengan efecto retroactivo; porque estando subordinado al interés público el estado civil de las personas, es atribución del Legislador cambiarlo ó modificarlo según las necesidades de la sociedad; y siendo la influencia que tiene sobre los bienes un efecto de ese estado, es claro que queda subordinada á idénticas variaciones que el estado mismo, puesto que esta influencia no es sino secundaria (1).

En resumen, la ley, reglamentando el estado civil del matrimonio, concede al marido la administración de los bienes de la mujer; y aunque secundariamente se ocupe de los bienes, todo lo que á ellos se refiere por ese concepto, sigue necesariamente la suerte del precepto principal, porque de otra manera sería preciso eliminar casi todas las atribuciones del marido, dejando reducido á una mera ilusión el conjunto de derechos que constituye la potestad marital.

VII

Las leyes que rigen la familia son esencialmente personales, y no es dable distinguir para este efecto entre el estado civil y la capacidad de las personas, que son dos elementos inseparables. La capacidad no es otra

(1) Lugar citado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cosa que la aptitud que tiene una persona para presentarse en juicio, administrar, adquirir, enajenar bienes, y, en general, para ejercer sus derechos civiles. Sólo puede ejecutar actos administrativos el que tiene capacidad para ello. «La incapacidad, dice Laurent, se aplica á toda especie de actos, sin distinguir si son á título gratuito ó á título oneroso. De manera que la mujer tiene necesidad de autorización marital, aun para aceptar una donación. Así era ya bajo el antiguo derecho, en virtud de la Ordenanza de 1731; era ésta una de las raras disposiciones aplicables á las provincias de derecho escrito tanto como á las de derecho consuetudinario; lo que prueba que la incapacidad estaba fundada en un motivo de orden público. Verdad es que cuando la mujer adquiere á título gratuito, no contrae obligación alguna, pero las buenas costumbres exigen que el marido intervenga para autorizar la aceptación» (1).

De tal manera, pues, la facultad de administrar exige una capacidad especial, que á la mujer que carece de ella no le es lícito siquiera la aceptación de donaciones á título gratuito, sin la prévia autorización marital. Y difícilmente puede ejecutarse un acto administrativo que no envuelva en sí, un verdadero contrato ó la solución de alguna obligación.

Si la administración no comprende la facultad de arrendar, de prestar, de contratar mejoras y reparaciones, de percibir frutos ó cánones, de enajenarlos y de invertir su valor en negocios productivos ¿á qué quedaría reducido el derecho de administrar los bienes?

El Código Peruano parte necesariamente de esta base cuando limita la facultad de la mujer casada para administrar los bienes parafernales, únicamente con la prohi-

(1) Obra citada, tomo III, título 5.°, capítulo 6.°

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

bición de enajenarlos, hipotecarlos ó parecer en juicio como demandada por razón de ellos, sin licencia del marido, y, subsidiariamente, de la justicia. Sus derechos administrativos van, pues, tan lejos, que aun puede parecer en juicio, sin necesidad de autorización, en calidad de demandante por razón de sus bienes parafernales (artículos 1,038 y 1,039).

Nuestro Código Civil registra numerosas disposiciones en que se ve palpablemente que la facultad de administrar es efecto de la capacidad personal, así como la incapacidad, ya sea absoluta, ya relativa, priva al incapaz de administrar sus bienes. Inútil tarea sería entresacar de las reglas á que están sujetas la patria potestad, la potestad marital y la tutela y curaduría, los diversos preceptos que así lo establecen; basta observar que el primer efecto que atribuye á la incapacidad es la pérdida de la administración de los bienes. Dice, por ejemplo, que «las tutelas y curadurías son cargos impuestos á ciertas personas á favor de aquellos que no pueden dirigirse á sí mismos ó *administrar competentemente sus negocios*, y que no se hallan bajo la potestad de padre ó marido que pueda darles la protección debida.» El art. 338, que da esta definición, manifiesta en ella que la incapacidad de administrar es no solamente la causa de la guarda, sino que también lo es de las potestades patria y marital.

Sobre esta base descansan todas las disposiciones posteriores que se refieren á capacidad y á administración. El art. 1470, por ejemplo, enumera entre las obligaciones naturales las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, *incapaces* de obligarse, según las leyes, como la mujer casada en los casos en que le es necesaria la autorización del marido. Para no poder pedir restitución del pago hecho en virtud de una obligación de esta clase, se requiere que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el pago haya sido hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes. Resalta aquí perfectamente la contraposición que hace la ley entre estas dos ideas: incapacidad de la mujer casada y libre administración de los bienes. El 1578 declara nulo el pago hecho al acreedor que no tiene la administración de sus bienes, y el 1579 declara válido el que se hace á los guardadores, maridos y otros *administradores* de bienes públicos y particulares, contrastando siempre las dos ideas mencionadas.

Los arts. 1766 y 2170 hablan de *habilidad* ó *inhabilidad* para administrar bienes, y bien sabido es que estas voces significan la misma idea que capacidad é incapacidad.

El art. 1581 dice que puede ser diputado para el cobro y recibir válidamente el pago cualquiera persona á quien el acreedor cometa especialmente este encargo, aunque al tiempo de conferírsele no tenga la administración de sus bienes, ni sea capaz de tenerla. Reconoce, por consiguiente, de un modo expreso y claro que hay capacidad é incapacidad para administrar.

El 1686 hace igual reconocimiento, disponiendo que ciertos actos y contratos de los incapaces no podrán anularse ni rescindirse sino por las causas en que gozarían de este beneficio las personas que administran libremente sus bienes; y el 2262 es más explícito todavía cuando establece que lo pagado por personas que no tienen la libre administración de sus bienes, podrá repetirse en todos casos por los respectivos padres de familia, maridos, tutores ó curadores. Savigny, hablando de la tutela y curaduría en el primer tomo de la obra que hemos citado, dice que «el impúber propietario no puede *administrar* sus bienes, porque es *incapaz* de obrar;» y Escriche en la palabra *Emancipación*, dice á su vez: «En

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

virtud de la venia ó suplemento de edad, podrá hacer los contratos y actos judiciales ó extrajudiciales que le convenga para la administración de sus bienes.»

Es, pues, fuera de duda la proposición que insinuamos al principio de este párrafo, de que solamente puede ejercer actos administrativos el que tiene capacidad para ello. Quizá nos hemos detenido demasiado en comprobar este punto, que difícilmente puede ser objetado; pero, por una parte, nos era indispensable dejarlo sentado como una base inamovible para el desarrollo de nuestra argumentación posterior, y por otra, nos hemos visto precisados á rebatir de esta manera la única objeción que se nos ha hecho por las personas con quienes verbalmente hemos discutido esta grave cuestión.

VIII

Dos sentencias de la Corte de Casación del 6 de junio de 1810 y del 12 de junio de 1815, dice Laurent (1), han establecido el principio que rige el estado de las personas, en estos términos: «Las leyes que reglan el estado de las personas toman al individuo desde el momento mismo en que son dictadas, y le hacen desde entonces capaz ó incapaz según su determinación; no procede esto de que las leyes tengan algún efecto retroactivo, sino de que estando subordinado al interés público el estado civil de las personas, es atribución del Legislador cambiarlo ó modificarlo, según las necesidades de la sociedad.» Aunque Merlin (2) tacha este principio de demasiado general, nosotros lo creemos de una verdad absoluta en el sentido de que jamás un derecho de estado perso-

(1) Lugar citado, Título preliminar.
(2) Lugar citado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nal puede ser invocado por los ciudadanos como si fuese su propiedad; los derechos de esta naturaleza no son lo que se llama *derechos adquiridos.*

Siendo esencialmente de interés público el estado de las personas, está, por lo mismo, en el dominio del Legislador; y desde que es imposible que esté en el dominio de los individuos, no podría ser un derecho adquirido. Un derecho adquirido ¿supone acaso, como cree Meyer, que este derecho se ha hecho la propiedad del que lo ejerce? (1) No, porque el primer derecho del propietario es disponer de la cosa que le pertenece, de usar y abusar de ella, de transferirla y de transmitirla. ¿Y puede concebirse que se disponga de esta manera del estado de mayor de edad, del de mujer casada, y que se le venda ó legue? Hay, pues, incompatibilidad radical entre la noción del derecho adquirido y el estado de las personas.

Laurent considera esto como elemental; pero cree que los matrimonios celebrados bajo el imperio de una ley, deben ser mantenidos, no porque el estado del cónyuge sea un derecho adquirido que resulte de un contrato, porque, aunque en realidad este contrato exista, él concierne al estado de las personas, y es imposible que este estado sea un derecho adquirido, sino porque el interés de la sociedad aconseja mantener lo que ya ha sido hecho, y anulando los matrimonios, el Legislador vendría á perturbar todas las relaciones civiles.

La disposición de la primera parte del art. 3.º de la ley de efecto retroactivo, no es, pues, diremos, haciendo uso de las mismas palabras del autor que citamos, una excepción al principio de que las leyes de estado personal rigen siempre el pasado; es la aplicación de otro

(1) *Principios sobre las cuestiones transitorias.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

principio que quiere que el Legislador mantenga los actos ejecutados legalmente. No es el derecho del individuo el que decide, es el derecho de la sociedad (1).

Empero, si es verdad que cuando una persona goza de cierta capacidad legal puede ejecutar los actos de que es capaz, el mismo Laurent distingue entre los que se relacionan con la persona y con los bienes. En cuanto á éstos, es indudable que el Legislador no puede atentar á los actos ejecutados, porque ellos engendran derechos adquiridos que la ley nueva debe respetar. Si es verdad que han sido verificados en virtud de una capacidad que ha dejado de existir, no lo es menos que también han sido verificados en virtud de la ley y conforme á ella; el Legislador, por lo tanto, les debe su sanción, y debe mantenerlos, lejos de poder anularlos. Otro tanto puede decirse de los actos relativos á las personas. Según el rigor de los principios, estos actos no producen derechos adquiridos; deben, sin embargo, ser mantenidos, porque el Legislador está obligado á validar lo que se ha hecho en conformidad á sus prescripciones. Tal es la verdadera razón por la cual una ley que modifica el estado de las personas no puede ser aplicada á los actos pasados bajo el imperio de una ley antigua; no es porque la ley nueva no pueda obrar retroactivamente, sino porque todo acto legal es válido y debe quedar válido.

Es indudable que el juez debe aplicar las leyes que reglan el estado personal al pasado, porque ellas rigen el pasado por su esencia. Es verdad también que el juez no puede invalidar los actos ejecutados bajo el imperio de la ley antigua, y que el Legislador mismo está en el deber de respetarlos; pero ¿no podría éste anularlos si

(1) Laurent, obra citada, § 173.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

hubiese un interés social bastante grave que debiese predominar sobre los actos verificados en conformidad á la ley? Sin duda, puesto que no se encontraría ya en presencia de un derecho adquirido, sino solamente de un interés social. En general, este interés exige que los actos conformes á la ley permanezcan válidos, porque invalidándolos, el Legislador desprestigiaría y destruiría su propia autoridad. Pero puede haber excepciones; puede haber dos intereses sociales en conflicto, y al Legislador tocar decidir cuál de ellos es el que debe prevalecer. En el silencio de la ley, domina el principio general, y en ese caso no cabe la menor duda de que el juez debe respetar los actos legales.

"La capacidad de las personas, dice Rogron, está siempre bajo el dominio de la ley; la capacidad, en efecto, resulta del estado civil de los ciudadanos; y como este estado atañe al interés general, debería siempre corresponder al Legislador cambiarlo ó modificarlo, en razón de las alteraciones que pueden sobrevenir en las costumbres, ó de las nuevas necesidades de la sociedad; así, cuando un individuo ha llegado á su mayor edad bajo el imperio de una ley que la fija á los veintiún años, y si después una ley nueva la establece á los veinticinco, esta persona volverá á ser menor hasta que cumpla esta edad, quedando, no obstante, válidos los actos que como mayor había ejecutado antes de que rigiese la ley nueva" (1).

Pacheco, el comentador del Código Peruano, sostiene, á su vez, que los derechos personales, ó, lo que es lo mismo, la capacidad civil de las personas, dependen, como los derechos políticos, enteramente de la ley, que puede variarlos, por medio de ampliaciones y restricciones, según lo requieran el estado, los intereses y las cir-

(1) *Code civil expliqué*, art. 2.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cunstancias de la sociedad, á la que siempre se hallan sujetos. Las leyes que alteran la capacidad civil de las personas tienen, pues, efecto retroactivo, en cuanto á la misma capacidad, aunque no en cuanto á los actos practicados anteriormente á ella (1).

Es, como se ve, en su parte sustancial la misma doctrina sustentada por los autores anteriormente citados.

M. E. Ballesteros.

(Concluirá)

¿SON COMPENSABLES LOS ALIMENTOS FORZOSOS?

Abriendo el Código Civil en una de las páginas correspondientes al título XVIII del libro I, que trata *De los alimentos que se deben por ley á ciertas personas*, y después de leer el artículo 335, contestaríamos: No.

Hojeando un poco más el mismo Código, y pasando de aquel título y de aquel libro al título XVII del libro IV, que tiene por epígrafe *De la compensación*, al tropezar con una frasecita del art. 1662, rectificaríamos afirmación tan categórica, contentándonos con responder: Tal vez.

Y dando un pequeño salto hacia atrás, hasta el título XIV, para fijar la atención en el artículo 1618, acaso de la perplejidad saltaríamos también á la visión clara del problema jurídico propuesto; y de un extremo á otro, sin más puente que el dicho artículo 1662, concluiríamos por responder definitivamente: Sí.

(1) Lugar citado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

¿Por qué este tránsito *ex-abrupto* de la negación á la duda, y de la duda á la afirmación?

El caso no es de los que por remotos ó especialísimos no haya podido prever el Legislador, ni de los que por complicados caen bajo la jurisdicción de ideas generales diseminadas aquí y allá en diversos preceptos de la ley.

Lejos de ello, es de tan fácil comprensión y ocurrencia, que el Legislador, no una, sino dos y tres veces se ha detenido á contemplarlo: lo ha previsto demasiado. Y quizás sea ésta la causa del conflicto; porque cuando á una cosa se la mira por diversos lados con insistencia, suelen las impresiones ser varias y no acomodarse al concepto sustancial de unidad que produce la armonía.

Bajo la idea dominante que gobierna el título XVIII del libro I, el Legislador dictó en términos absolutos la disposición del art. 335: «El que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba á él.»

Los alimentos debidos por ley á ciertas personas corresponden á la satisfacción de una necesidad premiosa, la primera de todas, origen también del primero y más inviolable de nuestros derechos: la necesidad de conservar la vida, y el derecho de defenderla.

Bajo la idea dominante del título XVII del libro IV, el mismo Legislador sancionó el precepto contenido en el art. 1662: «No puede oponerse compensación á la demanda de alimentos *no embargables*.»

La compensación es un modo de pago; y sólo están eximidos del pago los bienes no embargables. Era menester referirse á esta limitación y evocar implícitamente una disposición ya sancionada, la del art. 1618.

Este artículo 1618, que está bajo el epígrafe *Del pago por cesión de bienes ó por acción ejecutiva del acreedor ó acreedores*, es la clave de aquella frasecita *no embargables*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

zurcida al inciso final del artículo 1662, como una aclaración inocente en apariencia, como una excepción importantísima en realidad.

Bajo el imperio absoluto del deber en que están los deudores de pagar á sus acreedores, ante la idea de que sólo pueden eximirse de la responsabilidad del pago aquellos bienes estrictamente indispensables para la subsistencia, el Legislador promulgó el precepto del artículo 1618: «Es embargable una tercera parte del valor de las pensiones alimenticias forzosas, siempre que este valor no exceda de mil pesos; si excede, podrá embargarse además la mitad del exceso.»

Así es como el artículo 1662, relacionado con el artículo 1618, da á la pregunta que hemos formulado una solución contradictoria de la que parece darle, por lo absoluto y general de los términos, el artículo 335.

Los alimentos forzosos son y no son compensables, es decir, que lo son en una parte y en otra parte no. Pueden compensarse en cuanto las pensiones alimenticias son susceptibles de embargo; no pueden compensarse en cuanto no sea embargable una porción determinada de las mismas pensiones, que puede ser las dos terceras partes ó más.

***

Pero entremos en un análisis más detallado de las disposiciones que vienen á provocar el conflicto. Veamos si pueden ellas conciliarse de alguna manera. Critiquemos, que la crítica es luz que hace resaltar las bellezas y los defectos; y la obra del Legislador nunca es tan perfecta que resista á ese Argos implacable que con sus cien ojos avizores la contempla.

Sean el auto cabeza de proceso los tres artículos que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en tres diferentes títulos del Código hablan de la materia.

"ART. 335. El que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba á él."

"ART. 1662. No puede oponerse compensación á la demanda de restitución de una cosa de que su dueño ha sido injustamente despojado, ni á la demanda de restitución de un depósito, ó de un comodato, aun cuando, perdida la cosa, sólo subsista la obligación de pagarla en dinero.

"Tampoco podrá oponerse compensación á la demanda de indemnización por un acto de violencia ó fraude, ni á la demanda de alimentos no embargables."

"ART. 1618. La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables.

"No son embargables:

"1.º Las dos terceras partes del salario de los empleados en servicio público, siempre que ellas no excedan de novecientos pesos; si exceden, no serán embargables los dos tercios de esta suma, ni la mitad del exceso.

"La misma regla se aplica á los montepíos, á todas las pensiones remuneratorias del Estado, y á las pensiones alimenticias forzosas."

Del tenor literal de estos tres artículos, de los cuales el último hemos transcrito en lo pertinente, resulta: 1.º un precepto general y absoluto que prohibe la compensación (art. 335); 2.º un precepto especial y relativo que la prohibe sólo en parte (art. 1662); y 3.º otro precepto también especial y relativo que permite embargar una parte de las pensiones alimenticias forzosas (art. 1618).

Suprimido el art. 335, no habría cuestión: los otros

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dos artículos se avienen perfectamente, como que el uno se refiere al otro.

Suprimida en el artículo 1618 la frase *y á las pensiones alimenticias forzosas*, tampoco habría cuestión: podrían conciliarse las disposiciones de los artículos 335 y 1662. El primero se aplicaría de un modo absoluto á los alimentos debidos por ley; el segundo distinguiría con la expresión *no embargables* estos alimentos que lógicamente no son embargables, de los otros alimentos voluntarios, no debidos por ley y por naturaleza embargables. Á mayor abundamiento, para probar que los alimentos forzosos no eran embargables, se invocaría la disposición contenida en el núm. 9.º del mismo art. 1618, la cual dice así: «Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación». Y el derecho de pedir alimentos es de los llamados *personalísimos*, ó, como quiere el Código, de aquellos «cuyo ejercicio es enteramente personal».

Imaginemos omitida la expresión *no embargables*, ó si se quiere, toda la frase *ni á la demanda de alimentos no embargables*, con que termina el último inciso del artículo 1662.

La dificultad subsistiría siempre; y, si cabe, aun mayor.

El mandato general y absoluto del artículo 335, que prohibe compensar los alimentos forzosos quedaría en pugna con la disposición del artículo 1618, que permite el embargo parcial de los mismos. Quien dice embargo, dice pago, porque las cosas se embargan para pagarse con ellas; y quien dice pago, dice compensación, porque la compensación es uno de los modos de pago equivalentes á la solución ó pago efectivo.

Prohibir en absoluto la compensación y permitir relativa y parcialmente el embargo, fuera contrasentido inexplicable.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Repetir sin modificación alguna. sin el calificativo de *no embargables*, en el artículo 1662 el precepto del artículo 335, equivaldría á reiterar el mismo contrasentido. Al enemigo que no alcanza un primer cañonazo, nada vale dispararle un segundo cañonazo con el mismo alcance.

En resumen, dos eran las soluciones posibles: haber suprimido el artículo 335, ó haber omitido en el art. 1618 la disposición que hace extensivo el embargo parcial á las pensiones alimenticias forzosas. El Legislador no optó por ninguna de ellas. Y hétenos con tres artículos del Código que están ahí materialmente separados en tres títulos diversos como para que se olvide también la distancia moral que los separa.

Ya que no nos es posible remover la piedra de escándalo, atenuemos sus perniciosos efectos. Antes que consentir en la antinomia legal, pidámosle á la hermenéutica una de sus tan socorridas reglas de interpretación. Salvemos el honor de la ley con las mismas armas que ella previsora ha arrimado para su defensa.

***

¿A quién creer? Al Legislador que dijo en el artículo 335 que los alimentos forzosos no podían compensarse ni en todo ni en parte, ó al Legislador que dijo, en el artículo 1662, que si no podían compensarse en el todo, eran susceptibles, al menos, de compensarse en la parte?—Pero el Legislador ha sido uno mismo.

¿Á cuál ley obedecer? ¿Á la que prohibe en el título de las pensiones alimenticias forzosas toda compensación de alimentos futuros, ó á la que en el título de la compensación permite ésta en cuanto las dichas pensiones sean embargables conforme al artículo 1618?—Pero la ley, como la verdad, es una; y no debe contradecirse.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Apelemos, pues, á los recursos de exégesis legal.

«El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía,» advierte el artículo 22 de nuestro Código Civil.

«Las disposiciones de una ley relativas á cosas ó negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición,» ordena el artículo 13 del mismo Código.

Ensayemos el primer recurso, el de la correspondencia y armonía.

El principio rigoroso y absoluto proclamado por el Legislador en el artículo 335, debe respetarse: es demasiado claro; y «cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal á pretexto de consultar su espíritu» (artículo 19).

Respetemos ese principio rigoroso y claro que está en un título especial sobre la materia, que es la voluntad explícita del Legislador, sin ambajes ni reticencias, nos decía un respetable colega en el profesorado de Código Civil, cuya opinión tuvimos por conveniente solicitar en este punto, como la hemos solicitado en muchos otros.

Sí; respetémoslo, pero conciliando esa disposición con otras que son también especiales y que aparentan contradecirla.

Allí está en el título *De la compensación* el artículo 1662 que nos va á poner en duros aprietos.

No puede oponerse compensación á la demanda de alimentos, dice en absoluto el artículo 335; pero el artículo 1662, repitiendo el principio, lo restringe y lo modifica: «de alimentos *no embargables*», agrega en su inciso final.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

—Alimentos *no embargables* significa alimentos *forzosos futuros*. Los que pueden embargarse son los voluntarios, ó los atrasados.

—Con esta interpretación saldríamos de apuros. Pero es el caso que ella no es aceptable. Véase sinó el artículo 1618.

—Convenido. Según este artículo el derecho de pedir alimentos no está sujeto á embargo, porque aquí, en el número 9.º, aparecen exceptuados los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación: el derecho de alimentos es personalísimo, y bien pudo el Código haberlo agregado á los dos anteriores, que figuran solo por vía de ejemplo ó demostración.

—Que pudo haberlo agregado, más aun, que debió haberlo agregado, está muy bien. De nada nos sirve, empero, argüír con inducciónes en contra de la letra clara y terminante de la ley. Lea Ud. el núm. 1.º del mismo artículo 1618, y aprecie después cuánto valen esos argumentos.

—Bien. Puede embargarse una parte de las pensiones alimenticias forzosas, tenemos que reconocerlo; pero la prohibición de compensar impuesta al deudor de alimentos subsiste siempre. El art. 335 no deja duda: «El que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba á él.» Así es que en presencia de una disposición tan absoluta debemos sostener que ni aun en la parte embargable de las pensiones alimenticias demandadas le es lícito al deudor de alimentos oponer compensación.

—Pero el deudor de alimentos podría ceder su crédito á un tercero, y entónces el cesionario podría á su vez solicitar el embargo. De modo que con un rodeo quedaría burlada la disposición aquella. Además el cesiona-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

rio deriva sus derechos del cedente: la acción que se le permite y reconoce á aquel, debe también permitírsele y reconocérsele á éste. La ficción latina *procurator in rem suam* viene en ayuda de tal aserto. No es posible tampoco olvidar la disposición del artículo 1662, inc. 2.º que *a contrario sensu* permite oponer la compensación en la parte embargable de los alimentos.

—Es que hay todavía otra razón más fuerte para defender el principio rigoroso del artículo 335: el beneficio de competencia. El Código otorga á los deudores que se hallan con respecto á sus acreedores en alguna de las relaciones de parentesco ó de afecto de que habla el artículo 321, la excepción de poder retener ciertos bienes indispensables para una modesta subsistencia. El beneficio de competencia equivale á alimentos congruos; y el deudor á quien se le trata de cobrar un crédito por el acreedor que le debe alimentos, podría hacer uso de ese beneficio para impedir el embargo y la compensación.

—Hay razones, indudablemente, que el Legislador debió tener en cuenta al dictar la ley; pero el argumento del beneficio de competencia, si algo prueba, es que para ser lógico el Código, no debía haber consentido el embargo de las pensiones alimenticias foazosas, ni siquiera en parte. No puede negarse, con todo, que lo ha permitido. Y como la razón del beneficio de competencia es la misma que la de los alimentos, al abrirle al deudor estos dos caminos, lo ha puesto en la alternativa de optar: «No se pueden pedir alimentos y beneficio de competencia al mismo tiempo. El deudor elegirá,» dice el artículo 1627. Después de todo, aun admitiendo que el deudor que demanda alimentos á su acreedor pudiera oponerle á éste beneficio de competencia para impedir la compensación en la parte embargable de las pensiones, todavía estaría en la mano del acreedor que quiere com-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pensar valerse de un tercero, cederle su crédito, hacer que el cesionario pida el embargo y efectuar así disimuladamente la compensación, merced á un rodeo muy fácil y expedito. El beneficio de competencia es una excepción personal (art. 2354) que el que demanda alimentos no podría oponer al cesionario de un crédito traspasado por el que los debe (art. 1906).

El ensayo, pues, del primer recurso de hermenéutica indicado más atras, no da los buenos resultados que de él podían esperarse.

La frase aquella de *no embargables*, empleada por el artículo 1662, es más trascendental de lo que á primera vista parece.

Esa otra frase de que también es aplicable la regla sobre embargo del salario de los empleados públicos á las pensiones alimenticias forzosas, usada por el Legislador en el número 1.º del artículo 1,618, es mucho más grave todavía.

Á pesar de la primera, cabría una interpretación racional: alimentos no embargables son todos los debidos por ley, los forzosos. Dada la segunda, esa interpretación ya no es posible: los alimentos forzosos son también embargables.

No queda sino intentar el segundo arbitrio de hermenéutica, á que nos hemos referido.

La disposición del artículo 335 que prohibe la compensación es general; la del artículo 1,662 que la permite en parte es especial. Prevalece la segunda sobre la primera. Es decir que la regla de que los alimentos forzosos no son compensables sufre una excepción, se modifica, dados los términos en que se expresan los artículos 1,662 y 1,618, núm. 1.º

***

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Con la idea de que muchas de las incoherencias del Código Civil son debidas á las alteraciones inconsultas ó introducidas á última hora por la Comisión Revisora, quisimos indagar el origen de las disposiciones contenidas en los tres artículos á que hemos hecho referencia. Registramos el Proyecto, edición de 1853, con la esperanza de encontrar en él la clave de una inconsecuencia de doctrina que no queríamos atribuir al sabio y nunca bien apreciado autor del Código, señor don Andrés Bello.

La antinomia evidente de los artículos 990, 1182 y 1184, por ejemplo, se explica por la alteracion introducida en el Proyecto sobre el monto de las legítimas.

Muchas otras contradicciones é incoherencias, de que tenemos tomado apunte, obedecen al mismo origen.

¿Por qué en el particular de que tratamos ahora no se habría de haber confirmado la observación de que por enmendarle la plana al autor del Proyecto se cometieron mayores desaciertos? ¿de que el remedio ha sido casi en todos los casos peor que la enfermedad?

Fuimos al Proyecto de Código Civil.

Nuestro desencanto fué grande.

Nos encontramos allí con un artículo 374 igual en todo al artículo 335 del Código; y con otro artículo 1842 igual también al artículo 1662 del mismo Código.

Sin embargo, todavía nos alentaba la esperanza de salvar el conflicto de la manera que hemos indicado más atrás: alimentos *no embargables* son los forzosos.

Pero en lo mejor, damos con el artículo 2658 del Proyecto, en el título *De la prelación de créditos*, artículo que en parte corresponde al 2465 y en parte al 1618 del Código.

Ese artículo, copia de disposiciones anteriores del Derecho patrio, no contiene la excepción correspondiente al

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

núm. 9.º del artículo 1618 del Código, la cual habla de los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal; pero se expresa así:

"Exceptúanse solamente (como no embargables):

"1.º Los salarios de los empleados en servicio público, que sólo son embargables á favor de los acreedores hasta concurrencia de la tercera parte, si no pasan de mil pesos, ó hasta concurrencia de la mitad, si pasan. La misma regla se extiende á las pensiones remuneratorias del Estado, á los montepíos, retiros ó jubilaciones, y á las pensiones alimenticias de cualquiera clase, en la parte que verdaderamente lo sean para la subsistencia del deudor, su esposa é hijos."

De suerte que el Proyecto no eximía del embargo las pensiones alimenticias "*ni aun en la parte que verdaderamente lo sean para la subsistencia del deudor, su esposa é hijos,*" es decir, ni en cuanto constituyen alimentos necesarios.

La historia fidedigna del establecimiento de la ley, en en vez de cegar el abismo, lo ahonda.

***

Hay que resignarse á envolver en una misma crítica, aunque dura, al Legislador y al autor del Proyecto de Código.

Este último se ha escapado de los cargos gravísimos que se le han hecho al Legislador por el galimatías doble (cosa incomprensible para el autor y para el lector) en que incurre el famoso núm. 1.º del artículo 1618 con aquello de si las dos terceras partes del sueldo pasan ó no pasan de mil pesos para los efectos del embargo.

La publicación de un remitido y la supresión de unas

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pocas letras en una redacción viciosa lo explican y lo componen todo.

También está libre el señor Bello del cargo de contradicción y falta de lógica que puede enrostrársele al Legislador por haber reunido bajo un mismo artículo cosas que muy mal se avienen, que se contrarían. Declarar embargables, aunque sea en parte, las pensiones alimenticias forzosas y declarar al mismo tiempo totalmente exentos de embargo los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, envuelven contradicción clarísima. Ya hemos dicho que el autor del Proyecto, en el artículo 2658 no enumeraba aquellos derechos, que son materia de la excepción contenida bajo el núm. 9.º del artículo 1618 del Código.

Pero lo que queda en pie y afecta igualmente al Legislador y al autor del Proyecto es la inconsecuencia grave de hacer embargables pensiones que precisamente la ley ordena dar para la subsistencia. La naturaleza jurídica de los alimentos forzosos aleja toda idea de embargo. Y la falta de lógica es tanto mayor cuanto que ni los alimentos necesarios aparecen eximidos del embargo parcial, á pesar de que ellos están destinados á sustentar la vida en lo estrictamente indispensable. Mas aún, los términos en que aparece redactado este desgraciadísimo artículo 1618 comprenden bajo una misma regla los alimentos futuros y los alimentos atrasados, á pesar de que los primeros se rigen por el artículo 335, que prohibe la compensación; y los segundos, por el artículo 336, que la permite.

CARLOS AGUIRRE VARGAS.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—1. PRONTUARIO DE LOS JUICIOS, *ó tratado de procedimientos judiciales y administrativos con arreglo á la legislación chilena*, por don José Bernardo Lira, 2 tomos, cuarta edición, Imp. de El Correo, Santiago. En los últimos días hemos recibido esta nueva edición del libro magistral del señor don José Bernardo Lira, cuya temprana desaparición llorarán por mucho tiempo aún el foro y la literatura jurídica del país. La forma de esta edición es igual á la tercera, como salida de la misma imprenta que ésta. Viene precedida de una *Noticia* del editor, señor don José Antonio Lira, cuyo hermoso comienzo no resistimos á la tentación de transcribir aquí: "El deseo de que *José Bernardo* siga, aún después de sus días, no largos pero abundantes en fructíferas labores, sirviendo á la juventud estudiosa que siempre amó y en cuya doctrina empleó sus mejores horas, y á la profesión de abogado, que supo de veras honrar; el deseo de que *él* aliente allí donde dejó un inmenso vacío, nos mueve, en medio de variadas contrariedades, á dar una cuarta edición del *Prontuario de los Juicios*.—"Los bachilleres en leyes nos mostraban su desconsuelo cuando habíamos de declararles que no quedaba un solo ejemplar de la obra que ellos buscaban en vano; y nos parecía verle, también á *él*, contrariado de que no se les proporcionara ese libro en que podrían ilustrarse. ¡No resistimos!... á pesar de que sin él, sin el amigo, sin el sabio compañero de trabajo, poco podríamos y menos agotadas como quedaron las fuerzas de nuestro espíritu con el dolor de su separación: su recuerdo dulce y su ejemplo de labor ruda y no interrumpida nos hicieron emprender la tarea, venciendo las dificultades propias de este trabajo, acrecentadas en nuestro corazón por la necesidad de poner la mano en lo que él dejó....."—La *Noticia* anuncia en seguida que, por causa de las leyes nuevas sobre materias tratadas en el *Prontuario*, se han hecho algunas variaciones para que la obra quedase ajustada á la legislación vigente. Reproduce á continuación la biografía del señor Lira, publicada en el número 10 del tomo I de esta REVISTA, y los acuerdos celebrados por el Consejo de Instrucción Pública y la Sociedad de San Luis Gonzaga para honrar la memoria del ilustre finado. Las variaciones introducidas no se refieren sólo á las innovaciones que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ha experimentado la legislación por los actos legislativos posteriores á la tercera edición, sino también á citas de sentencias recientes de los Tribunales y á nuevos formularios. Se han verificado asimismo las adiciones y correcciones que se señalaban al final de ambos tomos en la tercera edición, rectificándose muchas citas equivocadas. Aparece también una somera exposición del procedimiento en materia de matrimonio civil, hecha por nuestro colaborador don Luis A. Vergara. El *Prontuario* continuará así, gracias á la laboriosidad y empeño del señor don José A. Lira, prestando importantes servicios á los abogados y estudiantes del último curso de Derecho.—**2.** Estadística Comercial de la República de Chile, *correspondiente al año de 1885*, 1 vol., 696 páginas, Imp. del Universo, Valparaíso. Se ha agregado la estadística de la Aduana de Arica, en un anexo, á causa de la situación excepcional en que á este puerto dejó el tratado de tregua con Bolivia. Continúa esta publicación prestando valiosos servicios al comercio y á la legislación aduanera del país, y mereciendo por ella aplausos sinceros su autor, el señor don Juan B. Torres, jefe del Departamento de Estadística Comercial de la Aduana de Valparaíso.—**3.** De la Ciencia Política en Chile *y de la necesidad de su enseñanza*, obra premiada en el Certamen Varela, por don Valentín Letelier, 1 vol., 136 págs., Imp. Gutenberg, Santiago. En nuestro número anterior han visto nuestros lectores las apreciaciones del jurado acerca de esta memoria. El índice de las materias que trata contribuirá á revelar su importancia: "Primera parte.—*Por qué no existe la Ciencia.*—§ 1. Clasificación general de los conocimientos. § 2. Donde hay discrepancia no hay ciencia. § 3. La inconexión de los fenómenos sociales impide la formación de la Ciencia Política. § 4. Los sistemas históricos usuales obstan á la constitución de la Ciencia Política. § 5. Idea de la filosofía de la historia. § 6. Inutilidad y peligros de la Ciencia Política. Segunda parte.—*Constitución de la Ciencia Política.*—§ 7. Criterio que debe guiarnos para determinar el estado de la Ciencia Política. § 8. Causalidad social de los acontecimientos. § 9. Origen social del Imperio Romano. § 10. Impotencia de la voluntad contra la sociedad. § 11. Teoría positiva del libre albedrío. § 12. Comprobaciones estadísticas. § 13. Relatividad de las instituciones. § 14. El hombre es un producto social. § 15. Constitución de la ciencia social. § 16. Inducciones políticas. Tercera parte.—*Enseñanza de la Ciencia Política.*—§ 17. Enseñanza de la Ciencia Política. § 18. Impotencia de la política empírica. § 19. Desaciertos del empirismo. § 20. De las imitaciones políticas. § 21. Del idealismo político. § 22. Necesidad y carácter de la enseñanza política. § 23. Libertad de la enseñanza universitaria.—Como se ve, el de-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sarrollo de esta multitud de materias requeriría un volúmen de algunos centenares de páginas; y en efecto, el señor Letelier tiene el propósito de insertar esta memoria como preliminar de un *Ensayo de Ciencia Política* que prepara de tiempo atrás. Hay en ella datos copiosos de ilustración y doctrina, y tesis dignas de meditación. Es importante la conclusión á que el autor arriba en cuanto á los medios de impulsar en Chile la Ciencia Política. La creación de catédras universitarias especiales es apropiadísima á este objeto, siempre que estuvieran ellas garantidas con la necesaria libertad, "porque sin libertad, según dijeron las Universidades alemanas en ocasión solemne, se pueden formar doctores adocenados, pero no se puede dar impulso al desarrollo de la Ciencia" (pág. 133).—**4.** REVISTA ECONÓMICA, *economía política, ciencias políticas y sociales*, publicación mensual, núm. 1.°, 13 de noviembre de 1886, 64 págs., Imp. del Universo, Valparaíso. Esta *Revista*, la primera en su género, por lo que hace á las materias económicas, que aparece en Chile, ha sido fundada por los señores don Félix Vicuña y don Miguel Cruchaga; y como á hermana de la nuestra, en cuanto su objeto se relaciona con el Derecho, tenemos especial placer en saludarla cordialmente, deseándola prosperidad y ventura.— **5.** EL CIUDADANO Y EL GOBIERNO, *nueva ley del régimen interior de enero 22 de 1886* (1), *concordada y comparada con todos los Códigos y leyes del Estado*, por don J. Joaquín Larraín Z., 1 vol., 227 págs., Imp. de El Progreso, Santiago. Asentimos por completo al juicio que sobre este libro emitió un especialista en la rama del Derecho á que se refiere, el señor don Jorge Huneeus, en una carta dirigida al autor y publicada últimamente en un diario de Valparaíso. "Ese trabajo, dice el señor Huneeus, es, como lo indica su título, una *concordancia* y *comparación* de la nueva ley del régimen interior con todos los Códigos y leyes del Estado. No es propiamente un *comentario* de dicha ley. Su objeto, ateniéndome á la buena impresión que me ha producido su lectura, ha sido comparar, por una parte, los preceptos de la nueva ley con los de la antigua, lo que facilita mucho el estudio de aquélla, y recopilar, por la otra, todas las disposiciones vigentes que se relacionan con los intendentes, gobernadores, subdelegados é inspectores"... "Es un utilísimo trabajo de recopilador destinado á prestar enormes servicios á todos los agentes del Presidente de la República, quienes

(1) Esta fecha es la de la vigencia de la ley. Debería haberse puesto la de la promulgación, 22 de diciembre de 1885. ¿Para qué alterar una costumbre bien fundada, general y uniforme? Nadie dice, vg. *Código Civil Chileno de 1857*, sino *Código Civil Chileno de 1855*, etc.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

deberán tenerlo á la vista y consultarlo constantemente.» «Aparte de su carácter *práctico* y *positivo*, que es el dominante en el trabajo, se han introducido en él, aunque sea accidentalmente, las doctrinas más sanas que entre nosotros se han abierto camino en las variadas materias que él comprende.»—**6.** BOLETIN DE LAS LEYES Y DECRETOS DEL GOBIERNO, correspondiente al segundo semestre de 1885, tomo que llama la atención por constar de mil páginas, á causa de la inserción de un gran número de decretos sobre divisiones administrativas. Dimos en nuestro número anterior el decreto supremo que regulariza esta publicación.—**7.** RECOPILACIÓN DE LEYES, por don Ramón Chavarría Contardo, 1 vol., 411 págs., Imp. Nacional, Santiago. Comprende la Constitución, leyes constitucionales, políticas y algunas administrativas y civiles vigentes en 1886, con oportunas anotaciones. Mucho favor está alcanzando entre nosotros esta clase de publicaciones, que facilitan inmensamente la consulta de las leyes más importantes. Aprovechan con especialidad á los estudiantes de Derecho Constitucional y Administrativo, á quienes presentan sistemáticamente ordenadas las leyes que deben estudiar. Es digno, por tanto, de justísimas felicitaciones el inteligente y laborioso recopilador.

REPÚBLICA ARGENTINA.—Tenemos el gusto de acusar recibo á nuestro distinguido amigo y corresponsal, el señor don Adolfo P. Carranza, de Buenos Aires, de las siguientes publicaciones, por las cuales le tributamos nuestro sincero reconocimiento:—**1.** Constitución de la Nación Argentina de 25 de septiembre de 1860.—**2.** Reglamento de la Cámara de Diputados, de 1.º de julio de 1878.—**3.** Ley de elecciones nacionales, de 16 de octubre de 1877; ley adicional de las mismas, de 18 de octubre de 1881, y antecedentes para el escrutinio de la elección de Presidente y Vice-Presidente, 1886.—**4.** Leyes nacionales sancionadas en el período legislativo de 1885.—**5.** Discursos de apertura del Congreso, 1882-1884.—**6.** Ley orgánica de la Municipalidad de la Capital, noviembre de 1882.—**7.** Ley de patentes de invención y reglamento de la oficina, de 1864 y 1866.—**8.** Ley de correos de 1866 y reglamento del jiro postal argentino-oriental, de 1881.—**9.** Reglamento general de telégrafos, de 1878.—**10.** Ley de ferrocarriles nacionales, de 1872, y diversos reglamentos de los mismos.—**11.** Ley orgánica y reglamento del Departamento de Ingenieros Civiles, de 1875 y 1882, y otras piezas concernientes á él.—**12.** Ley sobre obras públicas, de 1876.—**13.** Ley de inmigración y colonización de la República Argentina de 1876, y decretos reglamentarios; ley sobre venta de tierras de la nación, de 1882; ley sobre concesión gratuita de lotes para colonización pastoril, de 1884; un decreto reglamentario de los dere-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

chos de los ocupantes de tierras públicas; leyes sobre fronteras y obras en el Riachuelo, 1878.—**14.** Leyes vigentes de diversas fechas sobre pensiones y retiros.—**15.** Ley sobre contabilidad y organización de la Contaduría Nacional, de 1870; ley y reglamento de la Casa de Moneda, de 1881; ley de inconvertibilidad de billetes bancarios y decreto reglamentario, de 1885; ley sobre marcas de fábrica y de comercio y reglamento de la oficina, de 1876.—**16.** Privilegios del Banco de la Provincia, expresión de agravios del doctor don Leopoldo Basavilbaso, en el juicio seguido entre aquel y Ocampo, Sackmann y C.ª—**17.** Reglamento orgánico y plan de estudios de las Facultades de la Universidad nacional de Córdoba. En la de Derecho y Ciencias Sociales, las asignaturas comprenden, además de las de la Universidad de Chile, la Historia del Derecho y la Legislación comparada, el Derecho público eclesiástico y la Estadística. Los estudios duran seis años: se consagran dos al Derecho romano, dos al canónico, dos al comercial, cuatro al civil y dos á los procedimientos judiciales. La Universidad confiere los grados de Licenciado y de Doctor. Son requisitos para obtener el primero, haber cursado los seis años de Derecho y dado exámenes de los ramos de él con la suficiente aprobación; disertar oralmente y durante una hora sobre un punto de Derecho romano, tomado á la suerte con cuarenta y ocho horas de anticipación; y rendir un examen general de dos horas ante un tribunal compuesto de cinco catedráticos, de todas las materias que se enseñan en la Facultad. Para optar al de Doctor, se requiere haber asistido seis meses á los Tribunales después de obtenido el título de Licenciado; presentar una tesis escrita sobre cualquier punto de las asignaturas, la cual debe ser aprobada por el profesor del ramo; y responder á seis replicantes que durante dos horas argüirán al candidato sobre un programa aprobado de catorce proposiciones, de las cuales ocho á lo menos deben versar sobre el Derecho Civil. El doctorado confiere la facultad de ejercer públicamente la abogacía en todos los Tribunales de la nación.—**18.** Ley del Registro Civil, ordenanza reglamentaria y decreto de instalación de las oficinas, de 1884 y 1886. Entre los argentinos, el Registro civil está á cargo de las Municipalidades. El Jefe de la Oficina del Registro y su inferior inmediato, deben ser abogados ó escribanos públicos, y prestar juramento al recibirse del cargo. Es de importancia hacer notar la forma en que se encuentra establecido el matrimonio civil en aquella República, y que se infiere de las disposiciones de los artículos 55 y siguientes que extractamos á continuación: *dentro de los ocho días* transcurridos desde la celebración del matrimonio, *el marido* estará obligado á presentar, para su inscripción en el Registro, *copia de la partida* que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

compruebe el acto, *suscrita por el párroco, pastor ó ministro de la religión* con cuyo rito se hubiere celebrado. Sin perjuicio de esta presentación, *los ministros* de cualquiera religión ó sectas *ante quienes se celebre un matrimonio en artículo de muerte*, remitirán, para su inscripción, copia del acta que lo compruebe *dentro de las veinticuatro horas* siguientes á su celebración; todo bajo multa de diez á cien pesos nacionales, ó prisión en caso de insolvencia, á razón de un día por cada cuatro pesos.—Omitimos la especificación de otros opúsculos con que el señor Carranza ha tenido á bien obsequiarnos, por no referirse á materias jurídicas, tales como dos apreciables bocetos biográficos escritos por él, otra biografía del doctor Irigoyen, algunos folletos políticos, una obrita de don Pedro S. Lamas sobre la industria pastoril del Río de la Plata, y el tomo primero de una descripción física y estadística de la República Argentina y sus colonias, escrita en francés por Mr. Jean M. Yfernet.

BIBLIOTECA DE LA "REVISTA FORENSE CHILENA."

Vol. I.—Comentario de siete títulos del Código Civil (títulos preliminar y I á VI del Libro I), por don Juan Antonio de Armas.

Se han publicado las entregas 4.ª y 5.ª, que comprenden hasta la página 160.

La Dirección.

Imp. Cervantes, Bandera, 73

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO III Santiago, 1.° de enero de 1887 NÚM. 8

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Notas Editoriales: Algo sobre los certámenes universitarios: La reorganización de la enseñanza del Derecho en Italia.—La vindicta individual en el Código Penal Chileno, por don José Victorino Lastarria.—Una cuestión sobre efecto retroactivo de la ley (conclusión), por don Manuel E. Ballesteros.—Don Andrés Bello y el Código Civil (continuación), por don Miguel Luis Amunátegui Reyes.—Revista bibliográfica, por La Dirección.

NOTAS EDITORIALES

ALGO SOBRE LOS CERTÁMENES UNIVERSITARIOS.—Á mediados de 1885, el honorable Consejo de Instrucción Pública juzgó conveniente restablecer entre nosotros la ya casi olvidada institución de los certámenes oficiales destinados á solemnizar las fiestas del aniversario de la independencia nacional, y dispuso, al efecto, que las composiciones correspondientes á cada uno de los cinco temas propuestos por los decanos de las Facultades respectivas, se presentaran en la Secretaría de la Universidad antes del 1.° de septiembre del mismo año.

Esta medida del honorable Consejo no puede menos de merecer la aprobación sincera y el aplauso espontáneo de cuantos anhelan el progreso científico de nuestro país, y creen que uno de los medios más eficaces para impulsarlo es el de despertar en los pechos juveniles los nobles estímulos del trabajo y las ambiciones generosas de la gloria.

Presentadas algunas composiciones antes de la fecha que hemos indicado, se designaron las personas que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

debían componer las comisiones examinadoras; pero los informes respectivos no fueron presentados en la oportunidad conveniente para que la distribución de las recompensas pudiera tener lugar en los días en que se celebran las festividades cívicas. Á nadie llamó la atención semejante circunstancia, visto lo muy angustiado del término concedido á las comisiones para formar su juicio sobre los trabajos presentados, y manifestar su dictamen sobre los mismos. Esto no obstante, bien se concibe que aquellas de las comisiones á las cuales incumbía examinar un reducidísimo número de trabajos, como, por ejemplo, la de Leyes y Ciencias Políticas, que sólo tuvo que examinar cuatro, habrían podido tal vez evacuar su dictamen en la época requerida. Pero no insistimos sobre este particular. Como ya lo hemos dicho, la tardanza de las comisiones á nadie llamó la atención en aquel tiempo, y fué, si no de todo punto justificada, á lo menos, fácil y benévolamente disculpada.

Pasado el mes de septiembre, pudo observarse el hecho de que la mayor parte de las comisiones difería todavía el cumplimiento de su deber por plazos más ó menos considerables, á tal punto que la antedicha comisión de Leyes y Ciencias Políticas, que tomaremos como tipo, vino á expedir su dictamen, si mal no recordamos, á fines del mes de noviembre del año de nuestra referencia.

Este resultado, poco halagüeño, sin duda, debía mover, y movió al honorable Consejo de Instrucción Pública, á anticipar en 1886 la época en que debieran ser presentadas las composiciones á la Secretaría de la Universidad, y se prescribió efectivamente que lo fueran antes del 1.º de agosto de dicho año, á fin de que pudiera informarse acerca de ellas con la anticipación necesaria, para que los certámenes de que hablamos no se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

desnaturalizaran y merecieran en realidad su calificativo de *Certámenes de septiembre.*

Cabe ahora preguntarse: ¿se han realizado los deseos del honorable Consejo? El hecho responderá por nosotros: ha transcurrido todo el año 1886, y sólo una de las referidas comisiones, la de Filosofía y Humanidades, ha evacuado su informe; todas las demás han guardado hasta la fecha el más completo silencio.

De la comisión de Leyes y Ciencias Políticas, compuesta de los señores don José Clemente Fabres, don Enrique Cood y don Carlos Aldunate Solar, podemos decir que no ha tenido que examinar sino tres composiciones, y que ellas no pueden ser de muy largo aliento, como quiera que han de contener sólo la explicación ó comentario del artículo 1,689 del Código Civil, que, como se sabe, no es, ni con mucho, de los más extensos que en el mismo se contienen.

La reorganización de la enseñanza del Derecho en Italia.—Un decreto real de 22 de octubre de 1885 acaba de introducir algunas innovaciones importantes en la enseñanza de las Facultades de Derecho. En su relación al rey, el Ministro de Instrucción Pública expone que los programas actuales, limitados casi exclusivamente al estudio de las ciencias jurídicas, no corresponden ya al estado de la ciencia ni á las exigencias de las funciones públicas. La historia del Derecho romano por una parte, las ciencias políticas y administrativas por otra, tienen hoy una importancia científica imposible de desconocer. El decreto de 22 de octubre les da el desarrollo que han menester.

Se han creado tres cursos nuevos:

1.º Un curso de historia del Derecho romano.

2.º Un curso de ciencia administrativa.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

3.º Un curso de ciencia y legislación financieras.

Son obligatorios tanto el curso de historia del Derecho italiano como el curso de instituciones de Derecho civil.

Hé aquí cuál es en lo sucesivo el conjunto de las asignaturas de que constan las Facultades de Derecho en Italia. 1. Introducción á las ciencias jurídicas é instituciones de derecho civil. 2. Instituciones de Derecho romano. 3. Historia del Derecho romano. 4. Historia del Derecho italiano desde las invasiones bárbaras hasta nuestros días. 5. Derecho romano. 6. Derecho canónico. 7. Derecho civil. 8. Derecho comercial. 9. Derecho penal y procedimiento criminal. 10. Procedimiento civil y organización judicial. 11. Economía política. 12. Estadística. 13. Derecho constitucional. 14. Ciencias administrativas y Derecho administrativo. 15. Ciencia y legislación financieras. 16. Derecho internacional. 17. Filosofía del Derecho. 18. Nociones elementales de medicina legal.

Todos los cursos duran un año, excepto los de Derecho romano, de Derecho civil, de historia del Derecho italiano, de Derecho penal y de procedimiento criminal, de ciencia administrativa y de Derecho administrativo, que duran dos años, y el curso de medicina legal, que es de un semestre.

Los estudiantes tienen por término medio dieciseis lecciones semanales en lugar de doce (en Francia no tienen más que once). (*Révue internationale de l'Enseignement*, publicada por la Sociedad de la Enseñanza Superior de París, 15 de julio de 1886.)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

LA VINDICTA INDIVIDUAL EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO

Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentia. L. 141, D. tít. De div. reg. juris.

I

La vindicta individual no está autorizada por ninguna ley penal moderna, y si el derecho de castigar invoca como fundamento la *vindicta pública* impropiamente, no es porque la justicia represiva entrañe una *venganza* ó el uso de represalias contra los delincuentes, sino para expresar que es la acción pública, ó con más propiedad, la del Estado, la que se pone en ejercicio para reprimir ó castigar el delito.

El derecho de castigar es enteramente extraño á las pasiones del ofendido, y en su naturaleza no entra el propósito de satisfacer venganzas ó el de autorizar represalias. Expongamos la doctrina moderna, que es un dogma en la filosofía del Derecho penal, desde que esta ciencia entró en su evolución y desarrollo por los esfuerzos de Bentham en la Inglaterra, de Beccaria en Italia y de Rossi en Francia.

Es un principio fundamental de la legislación criminal moderna que el derecho de reprimir y de castigar no pertenece individualmente, en ningún caso, al que ha sido dañado por el hecho criminoso, y esto excluye toda idea de talión ó de venganza en la aplicación de la ley penal;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pues el ofendido no puede tener personalmente más derecho que á la reparación ó indemnización, desde que el poder de castigar sólo pertenece al Estado, que es el representante de la sociedad y, como tal, encargado de la aplicación del principio de justicia.

El derecho de penar tiene dos fundamentos. El primero es que, en rigor de justicia, el mal debe ser reprimido por el mal, como el bien debe ser remunerado por el bien, á fin de que los asociados que viven bajo el amparo de la ley sepan que las ventajas personales que á veces se obtienen por el crimen son más aparentes que reales, y que son siempre más que compensadas por las consecuencias próximas ó lejanas de toda transgresión de la ley. El segundo fundamento está en que la observancia de la ley es una condición de la existencia de la sociedad, sobre todo si se trata de la ley penal; de modo que el Estado no interviene en la represión de los delitos por razón de la utilidad y de la necesidad, que, á causa de ser vagas y relativas, no suministrarían un criterio fijo para castigar, sino porque, siendo el respeto del derecho ajeno una condición de la existencia, de la estabilidad y del desarrollo de la sociedad, ésta puede y debe ejercitar el poder de penar en la medida de la estricta justicia. De consiguiente, no hay interés alguno, ni utilidad, ni necesidad que autoricen el castigo de un acto exento de culpabilidad, aunque sea dañoso, ni que puedan autorizar el castigo de un hecho culpable legalmente con una pena que salga de la medida de lo justo y de la proporción que debe de existir entre la pena y la criminalidad del acto.

Contra estos principios, el Código Penal establece en su artículo 10, número 11, que *está exento de responsabilidad criminal...*

11.° *El marido que en el acto de sorprender á su mu-*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

jer infraganti en delito de adulterio, da muerte, hiere ó maltrata á ella y á su cómplice, con tal que la mala conducta de aquél no haga excusable la falta de ésta.

Si sólo diere muerte, hiriere ó maltratare á uno de ellos, sin causar daño al otro ú ocasionándole uno menor, subsistirá, no obstante, la exención de responsabilidad criminal respecto del marido, á menos de constar que intencionalmente obró así ó que las circunstancias del hecho lo revelen.

Hé aquí autorizado al marido para vengar por sí mismo su deshonra. Puede matar á su mujer y al cómplice de adulterio infraganti. Puede matar solamente á la una ó al otro.

En ambos casos está exento de responsabilidad, salvo dos excepciones: 1.ª si en el caso de dar muerte á los dos, herirlos ó maltratarlos, su propia mala conducta hiciere excusable la falta de la mujer; 2.ª si en caso de matar, herir ó maltratar á uno solo, constare, ó de las circunstancias apareciere, que obró así intencionalmente, porque la ley quiere que haya atentado contra la vida de los dos simultáneamente, y no le permite escoger al uno y perdonar al otro.

¿Es esto excusable en el Derecho penal moderno? ¿Puede encuadrarse en la lógica del Código Penal esta excepción de vindicta particular, que excede con mucho á la penalidad del adulterio? El artículo 375 del Código establece que el adulterio será castigado con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados, esto es, encierro de sesenta y un días á cinco años, con más la inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, si la reclusión es por tres años y un día á cinco años; y con la suspensión de cargo ú oficio público durante el tiempo de la conde-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

na, si la reclusión es de sesenta y un días á tres años. ¿Puede haber proporción entre estas penas con la de muerte que puede aplicar el marido por sí mismo á los delincuentes de adulterio? No, luego la acción particular, la vindicta particular, puede ser enormemente más severa que la acción pública, que la ley que ejercita la vindicta pública, para castigar un mismo delito. Ésta puede reducir esa pena á sesenta y un días de reclusión, y aquélla puede llevarla desde las heridas más ó menos graves hasta la muerte. ¿En dónde está la razón de esta diferencia? ¿Cuál es la proporción que puede relacionar y justificar estos extremos?

El Código Penal ha vuelto á los tiempos bárbaros en su art. 10, núm. 11. Rossi, aplicando por primera vez á la filosofía del Derecho penal el método histórico, ha podido establecer en su inmortal *Tratado de Derecho penal* que este derecho aparece al principio de las sociedades en la venganza. Antes que la sociedad se consolidara, el individuo suplía la ley por su propia fuerza. Después las religiones enfrenaron esta licencia individual, y por los sacrificios expiatorios transformaron la venganza individual en la justicia colectiva. Constituido el Derecho penal, la pena del talión asocia la expiación religiosa á la expiación social, proporcionándolas al daño causado. La venganza particular que dominaba al principio, se convierte en el interés colectivo, el terror de la religión alcanza su cenit y su declinación en el siglo XVI, y en el siglo XVIII nace la ciencia nueva del Derecho penal con Beccaria, Kant, Feuerbach, Bentham, etc., haciendo desaparecer el interés personal de la penalidad, porque ese interés no puede ser el fundamento del derecho de castigar, que corresponde al Estado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

II

Con efecto, el Código visigodo, llamado Fuero Juzgo, desde el siglo XIII, es el primero que aparece en la historia de nuestra legislación, conteniendo las leyes que los visigodos dieron á la Península ibérica desde el siglo V hasta principios del VIII. En él aparece todavía como principio fundamental del derecho de penar la vindicta particular, puesto que aun cuando se transforma por lo general en el sistema de terror y se modifica por las componendas pecuniarias, se deja á veces vigente la entrega del delincuente al ofendido para que le castigue.

Ya los romanos, cuyas leyes aceptaron en parte los visigodos, habían suprimido la jurisdicción que antes daban al marido ofendido sobre los adúlteros, estableciendo la ley Julia *De adulteriis;* y, sin embargo, los visigodos mantuvieron aquella jurisdicción, poniendo en poder de los ofendidos á los adúlteros y todos sus bienes, cuando éstos carecían de hijos, según puede verse por las leyes 1.ª, 9.ª y 12, tít. 4., lib. 3 del Fuero Juzgo. El Fuero Real conservó la misma disposición en las dos primeras leyes del tít. 7., lib. 4, manteniendo el principio de la vindicta particular.

Mas este principio no era aplicado en la forma que lo hacían las leyes romanas anteriores á Augusto. Según ésta se dejaba la pena del adulterio al arbitrio del marido ofendido, pero con la calidad de aplicarla con la audiencia de los parientes más próximos. Augusto, sin derogar la costumbre que autorizaba al padre para matar á la hija, á la cual sorprendía en adulterio, sustituyó á la jurisdicción del tribunal doméstico del marido la de los jueces del imperio, y quitó al marido una autoridad que no podía aplicar con imparcialidad, si no inspirado por sus

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

celos. Por eso es que en todas las legislaciones derivadas de la romana, el marido no tiene derecho de matar á la mujer adúltera ni á su cómplice. Sin embargo, los visigodos y los godos mantuvieron su barbarismo, ya no autorizando al ofendido por un adulterio á juzgar á su ofensor, sino llevando el principio de la vindicta particular hasta entregar al culpable á disposición del ofendido para que éste hiciera de su persona ó bienes *lo que quisiere*, ó, á lo menos, para que *así sean sus siervos*, como dice la 2.ª, tít. 7., lib. 4 del Fuero Real.

La legislación española posterior, esto es, la de las Partidas y de la Novísima Recopilación, dejó en pie la vindicta particular en materia de adulterio; eso sí, embrollándola con derogaciones tácitas, con restauraciones de lo pasado y contradicciones inexplicables. Admirable parece que las Partidas, que corrigieron los principios del terror y de las composiciones pecuniarias sobre que descansaba la legislación visigoda, entronizando el principio de justicia, como criterio de la vindicta pública en materia criminal; que procuraron sintetizar la civilización de su tiempo, realizando el más estupendo progreso de su siglo en legislación, si se exceptúa la supresión de los *fueros* que, dirigida á dar unidad á la monarquía absoluta, atacó y destruyó los derechos sociales é individuales; admirable es, decimos, que hubieran mantenido el principio bárbaro de la vindicta particular, y mucho más lo es que este mismo absurdo hubiese sido respetado y legislado en los siglos posteriores por las leyes que se leen en la Recopilación.

III

Pero tal es el hecho, y como la filosofía del derecho tiene por base el elemento histórico, debemos notarlo,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tratando de descifrar las leyes posteriores á la época de los visigodos, extractando la exposición que de ellas hace el sabio jurisconsulto García Goyena en la sección 5.ª, tít. 5., lib. III de su *Código Criminal Español.*

La pena del adulterio, según la ley 15, tít. 17, Part. 7.ª, es la de muerte para el hombre casado á quien *le fuere probado que lo fizo*, y la mujer debe ser azotada en público y encerrada en un monasterio, perdiendo su dote y arras en favor del marido; y en caso de que el adulterio se cometiere con un siervo, deben ser quemados ambos á dos por ende. Pero según la 1.ª, tít. 28, lib. 12 de la Novísima Recopilación, que es la 1.ª, tít. 7, lib. 4 del Fuero Real, los dos adúlteros han de ser puestos en poder del marido para que haga de sus personas y bienes lo que quisiere, con tal que no mate al uno y deje al otro.

"Esta disposición, dice Goyena, núm. 1523, fué tomada de la 2.ª, tít. 4, lib. 3 del Fuero Juzgo, pues, como tengo observado más de una vez, es muy frecuente en aquel Código la pena de poner al ofensor en poder del ofendido, siguiendo en esto, más que los dictados de la imparcial justicia, el instinto y deseo natural *de venganza* á que tan difícilmente renuncian los pueblos semi-bárbaros."

En consecuencia, la legislación de las Partidas, que en este punto imitaba la de Justiniano, fué derogada por aquella ley recopilada, que, insertada en la Recopilación de 1776, restableció completamente la legislación del Fuero Juzgo. Hablando Antonio Gómez de esta ley del Fuero Real, asegura que estaba vigente en su tiempo. Mas Goyena, sin atreverse, dice, á desmentirle, no se resuelve á creer esto, "porque tengo por imposible, agrega, que en la España del siglo XVI se practicase

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

esta barbarie goda, ó, más bien, germánica». Y luego establece lo siguiente, como inconcuso:

«1625. Sea de esto lo que se quiera, lo cierto es que *en el día no se practica;* que la pena corporal del adulterio es todavía *arbitraria* y generalmente demasiado benigna; y que aún la pérdida de la dote y arras por parte de la adúltera, no encuentra acogida en los Tribunales»...

Es necesario no olvidar que de tan respetable testimonio resulta que antes de promulgarse en España el Código Penal que comentó Pacheco, y que, según su expresión, dejaba relegada á la historia las bárbaras leyes de la edad media y la arbitrariedad de los últimos siglos, ya no se *practicaban* las que imponían al adulterio penas draconianas en obsequio de la venganza ó de la vindicta particular.

De consiguiente, caían bajo el mismo desuso las demás leyes de Partidas, no sólo porque estaban derogadas por las recopiladas, sino porque éstas mismas habían dejado de tener aplicación, desde que la pena que se aplicaba en la práctica era arbitraria y demasiado benigna. Veamos lo que afirma Goyena:

«1526. Otra de las penas contra los adúlteros era que el marido que los hallare en uno, ó en flagrante delito, los pudiera matar á ambos á dos, pero no á uno de ellos y dejar al otro, pudiendo matar á ambos (esto es lo que restablece nuestro Código Penal); y si los matase en el dicho caso, no gana la dote de la mujer, ni los bienes del adúltero, pues para hacer esta ganancia es preciso que los mate ó condene por autoridad de la justicia, según las leyes 2 y 5, tít. 28, lib. 12, Nov. Rec.

«1527. Estas leyes y la 1.ª, tít. 21 del mismo libro difieren mucho de las 13 y 14, tít. 17, Part. 7.ª, que por lo tanto deben reputarse *derogadas* ó *modificadas.*»

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Sin duda, en presencia de las leyes recopiladas no han podido subsistir las indicadas de Partidas, ni tampoco la 12 del mismo título. Entre ésta y la 13, hay una conexión indisoluble. Las dos autorizan al marido para matar al adúltero, y no á la mujer, en los casos que indican.

La 12, que se ha hecho célebre entre nosotros por la peregrina ocurrencia que han tenido nuestros hombres del foro de resucitar con ella el *afrontamiento* que no se conoce en la España de los últimos siglos, disponía que el marido que sospechara de su mujer un adulterio, podía prohibir ante la justicia al presunto adúltero que entrase á su casa, que se juntara aparte en ningún lugar con su mujer, ni le dijera cosa alguna; y haciéndole tres veces esta intimación ante el juez, podía matarle, sin responsabilidad, si le hallaba con la mujer en alguna casa ó lugar apartado, aunque no fuera en flagrante delito.

La ley 13 autorizaba al marido, que hallaba algún *ome vil* en su casa ó en otro lugar yaciendo con su mujer, para matarle, mas no á la mujer, aunque no hubiera hecho el afrontamiento de que habla la ley anterior; pero si el adúltero fuera hombre honrado, ó de gran lugar, ó mereciera reverencia de parte del marido ofendido, no podría éste matarle, sino hacer la *afruenta* de la ley 12 y acusarle de ello ante el juzgador para que le dé pena de adulterio.

Además, la ley 12 ponía dos casos de excepción: 1.º cuando el marido hallase, después del afrontamiento, á su mujer con el afrontado en la calle ó carrera, debía llamar tres testigos para que los vieran, y entonces hacer prender al hombre y someterle al juez para que, si le halla culpable, le dé pena de adulterio; 2.º cuando los hallaba á ambos hablando en la iglesia, después de la prohibición, sólo el obispo ó los clérigos del lugar po-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dían prender al sospechado, y darle al juez para que pueda ser tomada venganza del yerro.

Estas dos leyes establecían un derecho bien definido á favor del marido, á saber, el de matar al adúltero, si era hombre vil, sorprendido infraganti con la mujer, mas no á ésta, ó matarle, aunque fuera noble, y aunque no le sorprendiera infraganti, si después de haberle afrontado tres veces ante el juez, le hallaba con la mujer en alguna casa ó lugar apartado. Este derecho dejaba de existir en los dos casos de excepción, esto es, si los hallaba en la calle ó carrera, ó los sorprendía hablando en la iglesia.

Estas leyes, como la 14, tít. 17, Part. 7.ª, que concedía al padre que encontrase á su hija *casada* yaciendo con algún hombre en la casa paterna ó en la del marido, el derecho de matarlos á los dos, y no al uno sin el otro, están derogadas por la 1.ª, tít. 21, lib. 12 de la Novísima; y Goyena sostiene que, dando esta ley sólo al marido el derecho de matar á los dos culpables, y no á uno, los autores limitan este derecho únicamente al marido, negándolo absolutamente al padre, tanto respecto de la hija adúltera, como de su cómplice, pues la ley 14 está derogada.

Mas lo que resulta en claro es que todas estas leyes no se practicaban, estaban en desuso en España desde antes del Código Penal de 1822, que las derogó, y por supuesto, antes de la promulgación del Código Penal de 1848. Al testimonio de Goyena, que afirma, como queda dicho, que la pena del adulterio no era la de esas leyes, sino, arbitraria y generalmente, demasiado benigna, se pueden juntar muchos, pero especialmente tres tan respetables como el de aquél, que son el de Pacheco, el de Tapia y el de Escriche. El primero, en el núm. 13 del comentario al art. 349, dice: «El adulterio era penado por nuestras leyes antiguas hasta con la pena capital.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Después se dispuso tan sólo que los adúlteros cayesen bajo el poder del ofendido para que hiciera de ellos lo que le pareciera. No queremos discutir si estos castigos han sido en algún tiempo *posibles;* lo que no tiene duda para nosotros es que *de siglos acá no lo son, ni se han ejecutado.* Ningún Tribunal del mundo hubiera impuesto esas penas. (Más adelante veremos que un juez de letras de Santiago las impuso.) En su lugar, *se imponían arbitrarias* más ó menos graves, pero que se reducían, por lo común, á encierro para las mujeres, á destierro para los hombres.»

El eminente jurisconsulto don Eujenio de Tapia en su *Febrero Novísimo*, tít. 1.º del tratado del juicio criminal, cap. 2, y prontuario alfabético adjunto, dice, hablando del adulterio, que la práctica que se observa en los Tribunales superiores es imponer al marido adúltero una pena arbitraria de presidio, destierro ó multa, y de reclusión á la mujer casada, según las circunstancias. Además, citando á Vizcaino *(Código Criminal*, tomo I) explica que no está en práctica el derecho concedido al marido por las antiguas leyes, habiéndose reservado la justicia ordinaria el derecho de castigar estas ofensas, puesto que está prohibido á todos tomarse por sí mismos la satisfacción de cualquier agravio que le haga el prójimo. Y, en efecto, apoya esta doctrina en la ley 3, tít. 20, libro 12 de la Novísima, ante la cual no pueden subsistir las de la edad media que autorizaban al marido para vengar con la muerte su propia ofensa, puesto que el rey, en 21 de octubre de 1723 dice en dicha ley—«prohibo de nuevo á todos generalmente, *sin excepción de personas*, el tomarse por sí las satisfacciones de cualquier agravio é injuria, bajo las penas impuestas».

Escriche, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, v. *Adulterio*, exponiendo las mismas leyes

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

antiguas que hemos pasado en revista, y razonando acerca de su barbarie, dice que, por la vigencia de la ley recopilada que cita Tapia, han caído en desuso aquellas penas, de modo que ya no se ve la de muerte, ni la de azotes, ni la de sujeción á la venganza y capricho del marido; y que, guiados sin duda por los buenos principios, los Tribunales castigan al adúltero *con la pena de destierro, presidio ó multa, y á la adúltera con la de reclusión, regulando y agravando más ó menos estas penas según las circunstancias*, etc.

IV

Tal era el estado de la legislación española al tiempo de promulgarse el Código Penal que rige hoy, reformado en 1870. La legislación de las demás naciones europeas no reconocía en caso alguno el antiguo derecho de la vindicta particular de las leyes bárbaras del Fuero Juzgo, de las Partidas y de la Recopilación, y antes bien es generalmente benigna en su penalidad respecto del adulterio. El Código Austriaco lo castiga (art. 247) con arresto de uno á seis meses, el Francés con tres meses á dos años de prisión y multa (arts. 337 y 350), y el Prusiano, que pasa por ser el más perfecto, así como los de Baviera y Brunswick, no lo castigan sino en el caso de que sea causa de divorcio.

Así, es algo inexplicable que un profesor de la teoría del Derecho penal, como Pacheco, miembro de la comisión que redactó el Código y comentador del mismo, con arreglo á los principios de la filosofía, haya cometido el grave error de lamentar que, entre las causas que exoneran de responsabilidad criminal, no se hubiera consignado el inconsecuente y peligroso absurdo que sancionó el Código Chileno. En un apéndice á sus comen-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tarios al art. 8.º del Código Español, que es equivalente al 10 del nuestro, Pacheco escribe lo siguiente:

"11. Toda nuestra legislación antigua ha eximido de responsabilidad al marido que daba muerte á su mujer adúltera con el cómplice de su crimen; al padre que cometiera igual acción con su hija casada, hallándola en su casa misma ó en la del yerno. La ley constituía este derecho y daba fuerza á ese arrebato del *decoro* y de la *honra*. Y semejante suceso no era por cierto imaginario en nuestras costumbres. Mil veces ha sucedido (Goyena lo desmiente, núm. 1524); en todas ellas cumplieron los Tribunales el precepto legal.

"12. ¿Qué sucederá ahora con el nuevo Código? ¿Se eximirán de responsabilidad el marido ó el padre que tal hiciesen? ¿Podrá decirse que han obrado en el ejercicio legítimo de su derecho?

"13. Esto último no se puede decir, toda vez que la presente ley no consigna esa facultad otorgada en las anteriores. Existía tal derecho, según la antigua, porque expresamente aquélla lo declaraba; no existe, según ésta, porque no lo menciona, y no es semejante autoridad de las que pueden inferirse por deducción. Según nuestro Código, lo que habrá únicamente serán circunstancias atenuantes con arreglo al art. 9.º, núm. 5. Tendremos una ofensa grave; mas el efecto de la ofensa no pasa de tal atenuación del delito realizado.

"14. Hablando sinceramente, dudamos que la ley haya hecho bien en no repetir las antiguas disposiciones. Una cosa es que ella no pueda penar el adulterio como se penaba en los pasados siglos, y otra que no trate de conservar indirectamente y del modo posible la tradicional severidad de las costumbres. Hay sentimientos que, en nuestro juicio, debe respetar siempre la legislación. El derecho consignado en las leyes 13 y 14, tít. 17 de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la Part. 7.ª, nos parece uno de esos restos de *honor y caballerosidad* que deben acatarse y permanecer ilesos. Como no existió sino porque la ley hiciera tal homenaje á las costumbres, para conservarlo era indispensable volverlo á escribir en las nuevas leyes. Nosotros lo hubiéramos escrito.»

Hé aquí una aberración de espíritu padecida por el autor en obsequio de un arrebato de venganza ó furiosos celos, que él llama de *decoro y de honra*, para autorizar la vindicta particular; padecida á nombre de la *tradicional severidad de las costumbres*, que seguramente no existía todavía en tiempos de las Partidas, cuando necesitaron éstas mantener la barbarie del Fuero Juzgo, para reprimir la desmoralización y el escándalo de los primeros bárbaros que poblaron la Península; y padecida en respeto á uno de esos *restos de honor y de caballerosidad* que, en el siglo XIII, no era más que el celoso orgullo que no quería aparcería en aquella casa que tenía apartadamente para sí, comprendiendo entre las *cosas* á la mujer, según la 1.ª, tít. 14, Part. 2.ª

Y padece semejante aberración el espíritu que no debía olvidar los principios y la lógica del Código Penal, y que no podía ignorar que las leyes de Partidas, cuyo olvido lamenta, habían sido modificadas y derogadas por otras de la Recopilación, á más de que tanto éstas como las demás que castigaban bárbaramente el adulterio, estaban en desuso, puesto que los Tribunales aplicaban pena arbitraria á este delito. Fuera de ello, no se comprende por qué pensó Pacheco que, según el Código que él había contribuído á formar, y que tan hábilmente comentaba, el marido que matara al adúltero podía alegar la circunstancia atenuante del núm. 5.º, art. 9, que es la de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave. Este es un error, puesto que el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

artículo 339 del mismo Código contiene una disposición especial para el marido que mata ó hiere en este caso á uno de los adúlteros, aplicándole una pena menos que la ordinaria; y es un principio de jurisprudencia penal que no debe tomarse en cuenta una circunstancia atenuante ó agravante, cuando ella está contemplada en la disposición expresa que describe y castiga el acto.

Mas prescindiendo de esta jeremiada de Pacheco, lo cierto es que el Código Español, al ser promulgado, no encontró sobre la pena del adulterio ley vigente alguna, sino la consuetudinaria sancionada por la práctica de los Tribunales, y que castigaba á aquel delito con pena arbitraria.

V

La situación nuestra en 1874, cuando se promulgó el Código Penal, era análoga, pero no idéntica, puesto que aquí se tenían por vigentes las leyes bárbaras que la costumbre había derogado en España; y eso merced á la que fué célebre vista fiscal de 20 de febrero de 1837. Á propósito del decreto de ese año, que mandó fundar breve y sencillamente todas las sentencias, la Corte Suprema pidió al Gobierno varias declaraciones sobre diversos puntos, de los cuales el 2.º decía así:

"Si se citaría la ley consuetudinaria sancionada por la práctica constante de los Tribunales y nivelada por principios de humanidad y por la ilustración del siglo, cuando subrogue á leyes *muy duras* que establecen nuestros Códigos."

El Gobierno, en 1.º de marzo de 1837, mandó tener por regla en todos los Tribunales las resoluciones que daba el fiscal de la Corte Suprema á las consultas hechas, siendo la del segundo punto transcrito la siguiente:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

»Que ínterin se publicaba el Código Penal, se guarde, por regla general, que todos los jueces, de cualquiera clase que fueren, dicten sus sentencias con arreglo á la ley *escrita vigente;* pero que cuando encontraren que ésta es excesivamente dura y que, por la misma razón, no se halla en uso, tengan la facultad discrecional de añadir á la sentencia la cláusula siguiente: »I teniendo en consi»deración el Tribunal que esta ley no se halla en uso por »su excesivo rigor, suspéndase la ejecución, ínterin se »hace presente al Presidente de la República que este »Tribunal encuentra que sería conforme á equidad con»mutar la pena arriba decretada conforme á la ley, en »tal otra...» (Boletín, lib. 7, núm. 7).

Si no fuera este precepto, en que resalta el propósito tantas veces imitado inconscientemente después, de someter la acción judicial á la arbitraria aprobación del Ejecutivo, sería de creer que nuestros jueces, al juzgar las causas de adulterio que se han visto después, desconocían completamente que en España no regía la antigua legislación sobre esta materia, á pesar de que los libros españoles que de ello daban testimonio eran ya corrientes entre nosotros. Pero el decreto de 10 de marzo les mandaba dictar sus sentencias con arreglo á la ley *escrita vigente*, y fué necesario resucitar la legislación visigoda reproducida en las Partidas y en la Novísima Recopilación.

Las dos primeras sentencias que aparecen en la GACETA DE LOS TRIBUNALES así lo comprueban. La una es de 21 de septiembre de 1841, y absuelve á los reos porque, no habiendo hecho el marido las amonestaciones *(afrontamientos)* de la ley 12, tít. 14, Part. 3.ª, no había prueba bastante. La otra, que es de diciembre del mismo año, aplica crudamente la ley 1.ª, tít. 28, lib. 12 de la Nov., porque hay prueba bastante, y manda entregar al

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

marido á los dos adúlteros para que haga de ellos lo que quisiere. La Corte Suprema, interpretando la voluntad del marido, y desentendiéndose de lo mandado en el decreto de 1.º de marzo de 1837, para consultar la sentencia al Presidente de la República, condena á la mujer á diez años de casa de corrección y al adúltero á relegación á la provincia del Maule por el mismo tiempo. (GACETA, núms. 4 y 41).

Antes de estas sentencias, no se registran en los libros de la Corte Suprema sino una que otra sobre adulterio, y es curioso observar que en la GACETA DE LOS TRIBUNALES figuran en una proporción de una á quinientas, respecto de los demás delitos, siendo por lo general absolutorias en una y otra época. Las pocas condenatorias que aparecen hasta 1874, en que se promulgó el Código Penal, imponen siempre pena arbitraria reducida, en general, á relegación, y fundándose en todos los casos en interpretaciones de lo que pide el marido. Sirva de ejemplo una de 5 de Mayo de 1873 de la Corte Marcial, que confirma la pena de muerte que había aplicado al adúltero la de primera instancia, declarando por interpretación de lo pedido por el marido que se reduzca la pena á relegación por diez años en la provincia de Valdivia. Esto prueba hasta la evidencia que aun cuando el decreto de marzo de 1837 mandó aplicar la ley escrita vigente, pidiendo, cuando ella no está en uso, al Presidente de la República que conmute la pena, los Tribunales han prescindido siempre de este recurso, antes de 1874, en materia de adulterio, aplicando, no la pena de la ley vigente, sino la de reclusión ó relegación, que no están en aquella ley, y valiéndose para esto del arbitrio de interpretar las peticiones del marido ofendido. De consiguiente, es un hecho que, en nuestra práctica anterior á la vigencia del Código Penal, la pena del adulterio ha

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sido arbitraria, como en España, á pesar de que, al contrario de lo que allá sucedía, se reputaban vigentes todas las leyes escritas aunque no estuvieran en uso.

¿Cómo es entonces que aparece en nuestro Código Penal el barbarismo que consigna el núm. 11 del artículo 10? Veamos su historia, según las actas de la Comisión redactora.

En el proyecto primitivo, cuya base era el Código Español, no el reformado en 1870, sino el anterior, no aparecía aquella anticuada disposición. Pero en la sesión de 14 de Mayo de 1870, el señor Altamirano hizo presente que en el art. 10, cuya aprobación estaba casi terminada, faltaba una disposición, que todas las antiguas legislaciones españolas consignaban, autorizando al marido ofendido para matar á los adúlteros, y que debía adoptarse esto mismo como causa de exención de responsabilidad criminal. El debate se empeñó, pero el acta no hace de él una minuta, limitándose á indicar que el señor Reyes opinaba, al contrario, que, cuando más, aquella circunstancia debía tomarse como atenuante para disminuir la pena del marido, mas no como exención de responsabilidad.

En la votación triunfó la proposición del señor Altamirano por tres votos contra dos, que fueran los de los señores Reyes y Rengifo. «La Comisión redactora de nuestro Código, dice el señor Fuenzalida, ministro de la Corte de Apelaciones de Iquique, en sus *Concordancias y comentarios del Código Penal Chileno*, más conservadora que la España, en donde tuvo origen el derecho, acordó mantenerlo por noticias que se manifiestan en la discusión que hubo en el Senado, y que vamos á impugnar á nombre de los principios fundamentales del mismo Código, de la armonía que debe existir entre todas sus disposiciones, y á nombre de la moral y de la igualdad.»

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Y en efecto que la refutación de aquel magistrado es victoriosa, así como es juicioso y sabio el comentario que hace del núm. 11 del art. 10. Nos referimos á su obra y no extractamos sus opiniones, porque hemos tratado bajo otro aspecto aquella disposición, y no nos proponemos comentarla; pero sí extenderemos á las Cámaras y al Ejecutivo el cargo que él hace á la Comisión redactora de ser más conservadora que la España misma. Ése es achaque de los abogados de Chile, en general, sea dicho sin ofensa, como lo prueban la vista fiscal citada y las muchas sentencias que aparecen fundadas en leyes españolas, que han sido modificadas ó derogadas tácitamente por otras posteriores ó por leyes patrias, y que se creen vigentes porque no han sido derogadas expresamente, lo que no es necesario (art. 52 del Código Civil).

VI

Este espíritu conservador se revela más á las claras en el empeño con que todavía, después de la vigencia del Código Penal, se pretende dar por vigentes las leyes de Partidas, especialmente las relativas á la prueba del adulterio, á pesar de que son inconciliables con el precepto del núm. 11, art. 10, y con las disposiciones del párrafo IX, lib. 7, que tratan de aquel delito. Este es un asunto muy serio que merece ser estudiado, aunque sea de paso, ya que tratamos del precepto del número citado.

Al eximir este precepto de responsabilidad criminal al marido que, en el acto de sorprender á su mujer infraganti, en delito de adulterio, da muerte, hiere ó maltrata á ella y á su cómplice, no ha hecho más que restaurar con modificaciones el de la ley 1.ª, tít. 28, lib. 12 de la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Novísima Recopilación, en cuanto permite al marido matar á los dos culpables, sin que pueda matar al uno dejando al otro. Esta ley, á su turno, era la 1.ª, tít. 7, lib. 4, del Fuero Real, la cual había reproducido lo dispuesto en el Código visigodo por la 4, tít. 4, lib. 3, y todas ellas pugnan abiertamente con las disposiciones especiales de nuestro Código Penal sobre adulterio, y especialmente con la del art. 10, núm. 11.

Hemos demostrado que esta ley de la Novísima deroga la 12 y la 13, tít. 17, Part. 7.ª, fundándonos no sólo en la opinión de Goyena, sino en la confrontación escrupulosa que hicimos de sus disposiciones en el párrafo III; y aun cuando esto no fuera lo exacto y practicado en la España misma ¿cómo podrían subsistir las citadas leyes 12 y 13 en presencia del art. 10, núm. 11 de nuestro Código Penal?

La 12 únicamente permite al marido matar al hombre de quien tenga sospechas, y no á la mujer, cuando los hallaba á ambos en una casa ó lugar apartado, después de haberlos afrontado tres veces ante el juez, intimándoles la prohibición de juntarse. Si los hallaba en la calle ó carrera, sólo podía prender al hombre y entregarle al juez, si allí los hubiesen visto tres testigos. Si los hallaba en la iglesia, sólo el obispo ó los clérigos podían prenderle para entregarle al juez.

Supongamos que hoy se resucite el afrontamiento y que ocurra el primer caso de la ley 12 ¿podría el juez darle por exento de responsabilidad penal en virtud del art. 10, núm. 11 de nuestro Código? De ninguna manera, porque esta disposición únicamente favorece al marido que mata, hiere ó maltrata conjuntamente á su mujer y á su cómplice cuando los sorprende infraganti en delito de adulterio; y eso con tal que la mala conducta del marido no haga excusable la falta. No hay

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

analogía entre ambas disposiciones, ni la del Código puede conciliarse con la de la ley 12, lo cual constituye una derogación tácita, á más de la expresa que se contiene en el artículo final de dicho Código.

Si se supone que ocurran los casos 2.º y 3.º en que se pone la ley 12, después de los tres afrontamientos, el juez tendrá que proceder á investigar el delito, y no podrá condenar al sospechado tan sólo porque fué visto en la calle ó carrera ó en la iglesia con la mujer, pues eso no basta, aunque haya habido las tres intimaciones, para dar por probado el adulterio.

Otro tanto podemos decir de la ley 13, que permite matar al hombre vil únicamente, y no á la mujer, cuando son sorprendidos yaciendo; y no al noble en el mismo caso, porque el marido debe someterle antes á los afrontamientos de la ley 12. Tampoco es conciliable esta disposición con la del art. 10, núm. 11; de modo que si un marido mata al adúltero vil, y no á la mujer juntamente, aunque sea en flagrante adulterio, no cumple con el requisito fundamental de la exención señalado por aquel número.

¿Cómo es posible entonces suponer que hoy están vigentes la citada ley 12, tít. 17, Part. 7, y la 12, tít. 14, Part. 3, que, por una razón lógica de unidad, la reproduce en la única excepción que ella pone á la regla general sobre la prueba en materia criminal?

Ordena esta última ley que todo pleito criminal movido contra alguno sea probado abiertamente, y no por *sospechas* solamente, porque derecha cosa es que el pleito que es movido contra la persona ó contra su fama sea probado y averiguado por *pruebas claras como la luz*, en que no venga ninguna duda.

Pero esta ley pone como única excepción el derecho que la ley 12, tít. 17 da al marido para matar, sin pena

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ninguna, y aunque no se pueda probar el yerro, al sospechado á quien hubiere afrontado tres veces por sospechas en la forma de esta ley. De consiguiente, si esta disposición de la 12, tít. 17 es inconciliable con nuestro Código Penal, también lo es la excepción de la 12, tít. 14, Part. 3, que debe reputarse tan derogada como aquélla, en su segunda parte. Lo que, en suma, permite al marido esta ley es que pueda querellarse *por sospechas, magüer non se averigüe por otras pruebas*, contra otro que hace ó quiere hacer *tuerto* (adulterio) *de su mujer*. Esto es claro.

Supongamos, en primer lugar, que un marido se presenta con esta querella por sospechas, y hace los tres afrontamientos por escritura de mano de escribano público y ante testigos; y que después, por hallarlos á los dos en su casa, ó en la de la mujer, ó en la del otro, ó en huerta, ó en casa apartada de fuera de villa, ó de los arrabales, aunque no estén yaciendo, mata al presunto adúltero. Tal marido no quedará por esta ley exento de responsabilidad, porque el art. 10, núm. 11 de nuestro Código sólo da esa exención, como lo dijimos, cuando el marido sorprende á su mujer *infraganti en delito de adulterio y la mata á ella y á su cómplice conjuntamente*, con tal que su mala conducta no haga excusable la falta de aquélla. La ley de Partidas no puede sostenerse.

En segundo lugar, supóngase que el mismo marido que ha hecho en la misma forma y por sospechas aquellos afrontamientos, halle á los sospechados hablando en la iglesia apartadamente, ó en otro lugar cualquiera que no sean los antes enumerados, y los hace prender por los clérigos en aquel caso, ó los prende él mismo en el segundo para entregarlos al juez. ¿Podrá éste darles pena de adulterio tan solamente *por esta sospecha*, aunque otra prueba no hubiere contra ellos, como manda la ley de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Partidas? De ninguna manera, porque lo que castiga el artículo 375 del Código Penal con reclusión menor no es el conato del que *quiere facer tuerto de su mujer* á un marido, ó los actos que le dan á éste sospecha de que *se lo face*, sino única y exclusivamente el *adulterio que cometen la mujer casada que yace con varon que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada.* Este artículo castiga el hecho positivo, no las intenciones, deseos ó conatos que se revelan por galanteos más ó menos expresivos, y que autorizan los celos del marido y las consiguientes *sospechas* que favorecían las leyes 12, título 14, Part. 3; y 12, tít. 17, Part. 7. Estas leyes no pueden cumplirse ni aplicarse al adulterio después que nuestro Código Penal ha venido á limitar, por su art. 10, número 11, la vindicta personal á un caso concreto y bien determinado que no es conciliable con ninguno de los que aquéllas, y después que las disposiciones con que castiga el Código el delito de adulterio, pugnan y son literalmente opuestas con las de la legislación bárbara.

VII

Se comprende que las leyes de Partidas, aún modificando el rigor de las del Fuero Juzgo, de las cuales se podía decir, como de las de Dracón, que habían sido escritas con sangre, dejasen en pie todavía la vindicta particular, que favorecen respecto del adulterio; y se comprende que mucho más tarde se restablecieran en la Recopilación las leyes visigodas, que las de Partidas modificaban, porque el adulterio era en todas esas épocas, á pesar de la tradicional severidad de costumbres que supone Pacheco, más frecuente que lo que es entre nosotros el abigeato. Entonces la ley tenía motivo, no razones, de constituir ese derecho para dar, como dice

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

este jurisconsulto, fuerza á ese arrebato del decoro y de la honra; pero en nuestros días, en que semejante arrebato no es una sensación común, ni tiene estímulos, porque la moralidad es superior, y sobre todo porque hay más respeto á la persona y al derecho, sería una aberración moral la pretensión de sostener que están vigentes aquellas antiguas leyes y que fuera necesario que el adulterio tuviera prueba privilegiada como un delito de lesa majestad.

Sin embargo, porque ha habido prácticos españoles que, sin filosofía ni rectitud de juicio, han creído que las leyes de Partidas, que examinamos, están vigentes en materia de prueba, se enseña este error en nuestra Universidad, y hay abogados que de buena fe iniciarían un juicio de afrontamiento para probar por sospechas un adulterio.

El *Prontuario de los Juicios* que se enseña, dice, número 618, hablando de la prueba por presunciones, "que es una presunción semejante á las de derecho, porque no puede destruirse por prueba contraria, la del adulterio que contra los *afrontados reincidentes*, establecen las leyes 12, tít. 17, Part. 7, y 62 del Estilo". Está probado que la primera de ellas no puede regir después de nuestro Código Penal, y en cuanto á la segunda, que es una de las Declaraciones del Fuero, tampoco puede estar vigente, porque, debiendo tener en la nación las leyes del Estilo, según decreto patrio de 28 de abril de 1838, la misma autoridad que las del Fuero Real, y habiendo ya demostrado que las Recopiladas que las restablecieron en materia de adulterio, también están derogadas, (párrafo VI), no puede suponerse de ninguna manera que esta ley del Estilo esté vigente.

Mas en la página del *Prontuario* en que aparece esta doctrina, hay una nota ilustrativa que dice así, y que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vamos á considerar por partes: «Aunque son muy generales los términos de esta última ley (la del Estilo), la práctica de nuestros Tribunales, de acuerdo con las doctrinas más ilustradas de los autores, no admite como prueba del delito de adulterio otra presunción que la explicada en el texto.—Véase GACETA DE LOS TRIBUNALES de 1860, sentencia 125, pág. 73.»

Y, sin embargo, podemos afirmar por nuestra parte que la práctica de nuestros Tribunales no es esa, porque no hay una sola sentencia que haya condenado á ningun adúltero por sospechas en la forma de la ley 12, tít. 17, Part. 7.ª Hemos asegurado que la gran generalidad de las sentencias que se registran en la GACETA son absolutorias por falta de pruebas, y no hay una, ni antes ni después del Código Penal, que admita sospechas como prueba. De veinte y tantas que se registran en la última época, ó sea, en los últimos diez años, sólo hay dos ó tres condenatorias, en virtud de pruebas plenas y no de sospechas, mientras que las demás absuelven, porque no bastan los indicios ni las presunciones. La misma sentencia que cita la nota formula, como todas las demás, una doctrina opuesta á lo que la nota propala, y para probarlo, léanse sus palábras:

«Por otra parte, dice la sentencia 125 de la GACETA núm. 916, la ley 12, tít. 14, Part. 3.ª, que invoca el acusador para que, según ella, se tenga por justificada la acusación en virtud de sospechas, funda estos antecedentes positivos de tal manera, que lo que denomina sospechas dicha ley importa nada menos que una confesión tácita de los reos. La ley 12, tít. 17, Part. 7.ª encierra una disposición análoga á la anterior. La 13 del mismo título, dice: «E despues que el Judgador supiere la verdad, deuel «dar pena de adulterio.» Finalmente, la 3.ª, tít. 4, lib. 3, del Fuero Juzgo, autorizando la acusación por señales ó

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

presunciones, agrega, para imponer pena: «E si pudiere seer mostrado el adulterio connozuda mientre.» De estas disposiciones se deduce que *no bastan simplemente las sospechas de cualquier naturaleza que sean* para justificar el adulterio, sino que ellas sean tales que conduzcan á la verdad precisa de la existencia del delito. En cuya virtud y con el mérito de las leyes citadas, absuelvo de la acusación á los reos. La Corte Suprema confirmó llanamente esta sentencia el 15 de enero de 1860.»

Luego, si hay una doctrina inconcusa en nuestra jurisprudencia práctica es la que esta sentencia establece, de conformidad con todas las demás; y no la de que sea, como el *Prontuario* lo afirma, una presunción de derecho, que no admite prueba contraria, la de la ley 12 tít. 17, Part. 7.ª, que, como lo tenemos demostrado, no puede estar vigente. Menos puede citarse la 62 del Estilo, que aun la nota que refutamos desecha por sus términos generales, pues ella es una declaración de las leyes del Fuero Real, que también están derogadas por nuestro Código Penal, y es una declaración destinada á derogar en lo civil la presunción de derecho que establecía el canónico *pudenda inpudendis, solus cum sola, nudus cum nuda in eodem lecto.*

Continúa la nota del *Prontuario* diciendo: «La amonestación de que aquí se habla (la de la ley 12 citada), puede hacerse judicialmente, y este medio es sin duda el más seguro.—Véase en la GACETA citada la sentencia 1803, página 1080.»

Evidente. Si esa ley estuviera vigente, si pudiera practicarse después que sus prescripciones han sido modificadas por otras que pugnan con ellas, el afrontamiento ó amonestación de que se habla debería ser judicial. Pero no puede apoyarse esta doctrina en la sentencia que cita el *Prontuario*, porque ésta es de 5 de noviembre de 1860,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y, por supuesto, anterior en quince años al Código Penal, cuando nuestros Tribunales debían aplicar las *leyes escritas*, aunque estuvieran en desuso aquí, y reemplazadas en España por una doctrina práctica contraria.

Esta sentencia, que es un auto de primera amonestación ó afrontamiento, dice así: «Hágase saber á las personas que se expresan en el escrito de fs. 2 que no se visiten ni se junten á hablar en lugar apartado ó sospechoso, bajo el apercibimiento que haya lugar por este *primer afrontamiento;* y con respecto á las otras acciones deducidas en los escritos de fs. 5 y 7, usen los interesados de su derecho como vieren convenirles. Confírmase el auto apelado de 5 de octubre último en lo que sea conforme á éste.»

En vano hemos recorrido los libros de sentencias de la Suprema Corte desde 1835 y la GACETA DE LOS TRIBUNALES desde 1851 hasta 1885, para hallar alguna sentencia sobre algún caso análogo de aplicación de la ley 12, tít. 17, Part. 7.ª, pues no hemos encontrado ninguno en los cincuenta años. Tal vez haya alguno que se nos escapa ó que no haya sido publicado; pero, de todas maneras, ello no probaría que fuese doctrina práctica la aplicación de aquella ley antes ó después del Código Penal, ni que pudiera hoy estar vigente.

Sin embargo, la nota del *Prontuario*, que examinamos, concluye todavía, insistiendo en el mismo error, con estas palabras: «Se ha dudado si el precepto de la ley, que establece la pretensión de adulterio de que aquí tratamos, está derogado por el último artículo del Código Penal, y se ha resuelto que no. Esta decisión guarda conformidad con la historia de la ley. Véase el acta de la 73.ª sesión de la Comisión redactora del proyecto de Código Penal.»

¿Quién ha dado semejante decisión y en qué forma?

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

No lo dice el *Prontuario*, ni nosotros conocemos tal decisión, estando persuadidos de que no hay en la República autoridad alguna que pueda darla, á no ser que otra ley viniera á derogar el artículo final del Código, que dice: ... *y en esa fecha quedarán derogadas las leyes y demás disposiciones preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan.* De consiguiente, si no fueran exactos los razonamientos con que hemos demostrado que están derogadas todas las leyes sobre adulterio, anteriores al Código, porque sus preceptos pugnan con los que éste establece, no habría duda alguna de que lo están expresamente por el artículo final que deroga todas las disposiciones preexistentes sobre las materias que en el Código se tratan, una de las cuales es el adulterio.

Por otra parte, si la resolución á que se refiere el *Prontuario*, no siendo expresa y determinada, estuviera comprendida en alguna sentencia, que no aparece en las Gacetas de Tribunales posteriores al Código, ella habría recaído en algún caso particular, y no haría doctrina general, porque el art. 3.º del Código Civil establece que "las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren"; y, de consiguiente, el *Prontuario* no tendría fundamento para aseverar que se ha resuelto que no está derogado por el artículo final del Código Penal el precepto de la ley 12, tít. 17, Part. 7.

La única sentencia que hemos hallado en la GACETA, que tenga relación con aquella ley, y que se haya dictado después del Código Penal, es la que lleva el número 3,059, de 30 de agosto de 1884; pues en ella el juez de Linares absuelve á los adúlteros de la instancia por falta de prueba, y en consideración á que "el hecho de haber sido hallados de noche en una misma habitación no constituye prueba legal del adulterio, porque no

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se ha hecho constar por el querellante que precediera el *afrontamiento* que requiere la ley 12, tít. 17, Part. 7.ª» Mas ésta no es una decisión en el sentido dicho, sino una opinión especial, como es posible que otros Tribunales la hayan tenido, de que aquella ley está vigente, así como se reputaría también como una opinión errónea la de los dos ministros de la Corte de Concepción que, confirmando el 27 de noviembre del mismo año la anterior sentencia, en empate de votos, encontraron, para votar en contra de la confirmación, presunciones graves y precisas del delito de adulterio, y arregladas á la ley 11, tít. 17, Part. 7.ª Esta ley, que es especialísima para el caso de que, siendo absuelto de acusación de adulterio un hombre, en razón de haber alegado que la mujer era su parienta cercana, debe ser condenado por la sospecha, si después casa con la misma mujer que ha enviudado, no tiene relación alguna con las presunciones de la ley que cita la sentencia, ni puede considerarse vigente, desde que el Código Penal no exceptúa de la pena de adulterio al que sea pariente *muy de cerca* con la mujer.

Finalmente, la *Decisión* ó *Resolución* que aduce el *Prontuario*, cualquiera que sea su forma, no guardaría tampoco conformidad con la historia de la ley, pues el acta que cita no revela que los autores del proyecto pensaran que debía quedar vigente la ley 12, tít. 17, Part. 7.ª Por el contrario, y partiendo de la idea de que esa ley no quedaría vigente, el señor Reyes, según el acta 73.ª, propuso una disposición análoga, á saber, que se tuviera como una presunción de la efectiva existencia del adulterio la violación del requerimiento judicial, ó *afrontamiento* notificado á las personas de quienes se sospechara el delito. Es claro que el proponente quería consignar en el proyecto la disposición de aquella ley. Pues semejante proposición fué desechada, acordando

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dejar este punto, por indicación de otro de los redactores, para el Código de Procedimiento Criminal, por cuanto se trataba de la manera de descubrir el hecho.

No hay, pues, un solo dato legal que pudiera dar color de verdad á la falsa doctrina que se enseña, ni hay entre nosotros jurisprudencia práctica que autorice la vigencia de las antiguas leyes españolas que castigaban el adulterio de un modo opuesto al del Código Penal, y que permitían probar por sospechas este delito. El error contrario tiene su origen en las impremeditadas aserciones de algunas prácticas vetustas.

VIII

En verdad admitían pruebas de sospechas en el adulterio las leyes 12, tít. 14, Part. 3.ª, y las 10, 11 y 12, tít. 17, Part. 7.ª

García Goyena, en la obra citada, examina estas leyes en la forma siguiente, que es necesario repetir.

"1548. Cualquiera pudiera inducir del lenguaje de estas leyes que para probar el adulterio se admiten presunciones de toda especie y testigos singulares; pero no es así, pues que se limitan á ciertos antecedentes y á determinadas presunciones: paso á exponerlos, *aunque las creo de poca ó ninguna utilidad al presente.*"

Después de recordar que la 10 permite probar el adulterio por los esclavos bajo ciertas formalidades, y que la 11 se refiere al caso que ya expusimos, del acusado de adulterio con una parienta cercana, continúa:

"1550. Según la 12, sospechando el marido que su mujer hace adulterio ó trabaja por hacerlo, debe intimar por escrito, tres veces y ante hombres buenos, á aquel de quien sospecha que no éntre en su casa, ni se aparte con aquélla en otra casa ó lugar, ni la hable; si después

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de esto le hallare con su mujer en alguna casa ó lugar apartado, puede matarle; si los hallare hablando en alguna carrera ó calle, debe poner tres personas por testigos de esto y en seguida puede prender ó hacer prender al contraventor, quien será castigado por el juez como verdadero adúltero; si los encontrare hablando en la iglesia, hará que le prendan los clérigos y que sea entregado al juez seglar para el castigo: todos estos casos se hallan aún más circunstanciados en la ley 12, tít. 14, Part. 3.ª; *pero repito que hoy día serán de muy poco provecho.*

"1551. Los autores son más latos que estas leyes en dar cabida á las presunciones para probar el adulterio, y comunmente se dice que se prueba por este medio: tal vez el lenguaje general de las mismas leyes ha dado ocasión á esta doctrina sin reparar en que ella se restringe por su exclusiva aplicación á determinados casos."

Y, en efecto, el sabio jurisconsulto Goyena tenía sobrada razón, no solamente para censurar la latitud que los autores pretenden dar al sentido de las leyes citadas, sino principalmente para repetir que en su tiempo tales leyes eran *de ninguna utilidad y de muy poco provecho*, puesto que él acababa de demostrar que no sólo estaban modificadas, sino en completo desuso, en cuanto el adulterio se castigaba con pena arbitraria, rigiéndose la prueba por las leyes generales. Con cuánta mayor razón se ha podido afirmar eso mismo después del Código Penal Español, y podemos nosotros sentar como incontrovertible que tales leyes no solamente están derogadas por nuestro Código, sino que tampoco pueden reglar la prueba del adulterio, ni aunque se considerasen como leyes de procedimientos, que no lo son, desde que establecen primitivamente derechos. La prueba debe ajustarse ahora, no al procedimiento de las leyes de Partidas, que son hechas para una penalidad derogada por nues-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tro Código, sino al que corresponde á los delitos comunes, entre los cuales éste clasifica el adulterio, con la diferencia de que no permite perseguirlo de oficio.

El Código Penal Chileno está arreglado en esta materia á los principios de la legislación penal moderna, según los cuales el adulterio no existe si no se prueba el hecho que lo constituye.

El Código Francés (art. 338) fué el primero que estableció que no se admitirían otras pruebas que la aprehensión en el acto del adulterio, ó las que resulten de cartas ú otras piezas escritas por el mismo adúltero. El Código Portugués repitió esta disposición en su art. 401, párrafo 2, que dice: "Solamente son admisibles contra el co-reo adúltero las pruebas del flagrante delito, ó las pruebas resultantes de cartas ú otros documentos escritos por él."

Locré, en la discusión del artículo francés, decía "que era importante fijar la naturaleza de las pruebas que deben ser admitidas para establecer una complicidad, que la malignidad se complace muchas veces en descubrir por indicios frívolos, conjeturas audaces, etc. Después de la prueba del flagrante delito, la menos equívoca de todas, los Tribunales no podrán admitir sino las que resulten de cartas ú otros documentos escritos por el co-reo, pues es en ellos donde el seductor descubre su pasión y revela su secreto." (Tomo XV, pág. 457.)

Nuestro Código, es cierto, no trae una disposición igual; pero su art. 375 dice: "Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio."

Luego este delito tiene tres elementos necesarios, como dice Levy María Jordao, el sabio comentador del Código Portugués, enumerándolos de esta manera al

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tratar del adulterio: «1.º *Unión consumada de los sexos*, condición esencial del delito, porque la ley no castiga la inmoralidad de los deseos, ni el pensamiento de adulterar. Aun cuando ese pensamiento se revelase por actos licenciosos, por familiaridades íntimas, no podría constituir una base para aplicar la pena, no sólo porque es difícil, sino imposible, conocer por ellos la intención de cometer el crimen, sino también porque sus consecuencias no son las mismas del crimen consumado. 2.º *El casamiento de uno de los agentes á lo menos*, porque lo que convierte en criminal el comercio ilícito de ambos sexos en este caso, es el tener una persona casada ese comercio con otra diferente de aquella á que está ligada por vínculo conyugal. 3.º *Que haya dolo*, porque si hay violencia, ó error, no hay una acción voluntaria penada por la ley».

Ahora bien, si lo que castiga la ley es el acto de yacer, ó sea la unión consumada de los dos sexos entre mujer casada y varón que no es su marido ¿cómo podrían conciliarse con tal precepto las leyes de Partidas, aunque no estuvieran derogadas, siendo así que ellas admiten como prueba sospechas que apenas indicarían deseos, pensamientos, actos licenciosos, familiaridades íntimas que la ley no castiga?

Esto sería aplicar pena á la tentativa y al acto frustrado del adulterio, cuando el Código no la aplica. Adviértase que el adulterio es la materia del párrafo IX, tít. 7, lib. II del Código Penal, el cual trata de los «crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública»; y que así como en el párrafo V del mismo título, clasificando los diversos actos que constituyen la *violación* de una mujer, dispuso por el art. 362 que estos delitos se consideran *consumados desde que hay principio de ejecución*, también habría re-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

petido tal disposición, si hubiera tenido en mente castigar como adulterio los actos que apenas inducen sospechas de ese delito.

Los mismos preceptos contiene el Código Español, del cual copió el nuestro los suyos, y Pacheco, en el comentario del art. 349 de aquél, que equivale al 375 del Chileno, ha dicho en el número 16 lo siguiente:

«Al concluir este comentario, debemos hacer notar, conviniendo en ello con los señores Vizmanos y Álvarez, que respecto á este crimen no son posibles ni el delito frustrado ni la tentativa. Cuando no hay la *consumación del hecho*, no hay nada para la ley; cuando media la consumación, tenemos el adulterio formal.»

En presencia de esta doctrina ¿se puede todavía sostener, sin incurrir en un capricho, que el adulterio se prueba por sospechas ó por las presunciones que autorizaban, para excusar el homicidio del adúltero, las leyes 12, tít. 14, Part. 3.ª; y 12, tít. 17, Part. 7.ª, que indisputablemente están derogadas?

No es cuerdo seguir enseñando la doctrina contraria, ni mucho menos creemos propio del elevado magisterio de los abogados que, comprendiendo el absurdo que contiene el núm. 11 del art. 10 del Código Penal, pretendieran dar todavía mayor latitud que la que éste admite al principio de la *vindicta particular* de la legislación visigoda. Y le darían semejante latitud, haciendo todavía más ilógico nuestro Código, si admitieran como prueba del adulterio las sospechas, como lo hacían las leyes bárbaras, en obsequio de la venganza particular de los maridos celosos.

J. V. Lastarria.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

UNA CUESTIÓN SOBRE EFECTO RETROACTIVO DE LA LEY

(Conclusión)

Marcadé dice á su vez: «La capacidad de las personas, como todo lo demás, está en adelante dentro del dominio de la ley. Ésta puede, pues, á cada instante, aumentarla, disminuirla y aun suprimirla para el porvenir y á partir del momento actual. La no retroactividad de la ley consiste en que ella no puede arrebatarnos los derechos que ya hemos adquirido, y que nos pertenecen irrevocablemente en el momento en que es dictada; pero el individuo capaz no tiene jamás un derecho adquirido para conservar ulteriormente la capacidad de que hoy goza. El único derecho que ha adquirido es el de poder, mientras ès capaz, hacer válidos, y válidos para siempre, los actos que su capacidad le permite; es á respetar esta capacidad pasada y sus consecuencias, á lo que se reduce la no retroactividad de las leyes» (1).

Mourlon estima que las facultades que la ley nos acuerda de ejecutar tal ó cual acto, no constituyen *derechos adquiridos* é irrevocables, y esto por dos razones: 1.ª que el Legislador no puede renunciar al poder que le ha sido confiado de organizar la sociedad misma; y sin duda sería renunciar á él, acordar facultades que no le sería permitido modificar ó destruir, aun cuando fueran conocidamente perjudiciales; 2.ª que las leyes que reglan la capacidad de las personas, se reputan dictadas en interés de las mismas personas á quienes conciernen: habiendo sido hechas únicamente para protegerlas ¿quién

(1) *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, Título preliminar.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

podría sostener que se ha adquirido el derecho de no ser protegido? Así, las facultades que tenemos no constituyen derechos adquiridos; la ley que las acuerda *permite*, pero ella *no se obliga*. Siempre puede, por consiguiente, retirar ó modificar su permiso. Y al hacerlo no perturba la sociedad, sino que, al contrario, la protege, puesto que corrige los vicios de la legislación que deroga ó modifica (1).

Don Toribio Pacheco manifiesta que los derechos facultativos no entran en la categoría de los derechos adquiridos, por ser un verdadero permiso del Legislador, que es libre para retirarlo en todo tiempo, sin que haya motivo de queja de parte de aquellos que no han hecho uso de él (2).

Tal es también, en lo sustancial, la opinión de otro distinguido jurisconsulto peruano (3).

Es, pues, un principio en que están de acuerdo todos los autores que se ocupan en este negocio, el de que las leyes que se refieren al estado y capacidad de las personas pueden regir desde su promulgación. El Legislador tiene derecho para alterar el mismo estado civil ya adquirido; y el juez debe, si no se ha hecho esa alteración, subordinar á la ley posterior la capacidad ó incapacidad que proviene del estado civil.

Nuestra ley ha querido, por su parte, que se respete como un derecho adquirido el estado civil de que las personas se encontraban en posesión al dictarse la nueva ley; pero á la vez subordina la capacidad anexa al estado civil á las disposiciones de la nueva ley. El que era casado con arreglo á la ley antigua, continuará siéndolo,

(1) *Répétitions écrites sur le Code Civil*, tomo I, Título preliminar.
(2) Lugar citado.
(3) García Calderón, *Diccionario de la legislación peruana*, art. *Efecto retroactivo.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO.

aun cuando la ley nueva imponga diversos requisitos para el matrimonio. El casado según el rito católico antes de la vigencia de la ley de 10 de enero de 1884, mantiene en la actualidad su estado civil de casado, sin necesidad de sujetarse á los trámites y formalidades de esta ley. El que hubiera llegado á la mayor edad, permanecería mayor, á pesar de que una ley nueva dispusiese que este estado no pudiera adquirirse antes de los treinta años. Nuestra ley ha creído que las razones de interés público militaban todas en el sentido de que es preciso respetar el estado civil adquirido; pero ha subordinado á la ley posterior los derechos y obligaciones que nacen del estado civil, y, por consiguiente, la capacidad ó incapacidad anexas á dicho estado. El que tenía capacidad para administrar sus bienes y contratar sobre ellos, puede, conservando siempre su estado civil, dejar de tenerla si esa capacidad es alterada ó suprimida por la ley posterior, puesto que los derechos y obligaciones anexos al estado civil deben subordinarse en todo caso á la ley posterior, ya sea que ésta constituya nuevos derechos y obligaciones, ya sea que modifique ó derogue los antiguos.

IX

Siguiendo este principio, no es extraño, pues, que la condición de la mujer casada, en cuanto á su capacidad y á las facultades que de ella resultan, sufra una modificación sustancial cuando se implanta una nueva legislación sobre esta materia. La mujer que administraba y contrataba sobre sus bienes parafernales, puede ser privada de ese derecho, así como podría adquirirlo la que no lo tenía bajo el imperio de la legislación anterior, siempre que una ley nueva llegase á conferírselo.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La capacidad ó la incapacidad de la mujer casada, dice el jurisconsulto Laurent, tantas veces citado, es determinada por la ley nueva y no por la del día en que se casó. Esta es una cuestión de estado, es decir, de orden público. Por un interés social la ley declara á las mujeres capaces ó incapaces; este interés domina y sobrepuja el interés de la mujer, porque ella no tiene derecho que oponer al Legislador. Capaz bajo la antigua ley, se hace incapaz bajo la nueva; el Legislador puede arrebatarle una capacidad que él le ha dado. Incapaz bajo la ley anterior, se hace capaz si el Legislador encuentra bueno devolverle un derecho de que la había despojado sin razón. Todo esto es de orden público y no puede ser cuestión de derechos adquiridos. La doctrina, añade, es unánime sobre este punto, del mismo modo que la jurisprudencia. La Corte de Casación ha decidido que la mujer, que por derecho antiguo era capaz de comparecer en juicio, necesita, después de la publicación del Código, de la autorización de su marido, aun cuando no se tratase sino de continuar ante el Supremo Tribunal, un proceso que comenzó válidamente sin autorización. Y aun se ha decidido que la mujer hábil, bajo el antiguo derecho, para enajenar sus bienes parafernales y para obligarse sobre estos bienes, se ha hecho incapaz bajo el imperio del Código Civil. Todos los autores aprueban estas decisiones (1).

Conocido es el famoso senado-consulto Velleyano por el cual la legislación romana prohibía á la mujer casada afianzar á su marido ó á cualquiera otra persona. El Código Civil Francés derogó esta prohibición, y aunque en un principio fué materia de viva controversia la cuestión de si las mujeres casadas en tiempo de su vigencia

(1) Dalloz, *Répertoire*, palabra *Loi*, núm. 218.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

habían adquirido el derecho de ser fiadoras, todos se convencieron al fin de que, siendo esta una cuestión de estado, debía ser decidida por la ley nueva. Fútil sería la objeción fundada en el interés de la mujer, porque, como se ha dicho, el interés particular cede ante el interés general, por ser de orden público las leyes que rigen el estado de las personas.

Á la inversa, introducido el senado-consulto Velleyano en un país en que las mujeres tienen, como los hombres, capacidad para ser fiadoras, esta restricción, afirma Savigny, afecta inmediatamente á todas las mujeres que quisiesen suscribir una fianza (1).

Un autor notable, que ha estudiado la cuestión de la retroactividad legal en todos sus detalles, consagra un tratado especial á la dilucidación de las cuestiones que nacen del estado de los cónyuges durante el matrimonio, con relación á las leyes que alteran ó modifican ese estado. Para él, la capacidad de las mujeres en cuanto á la disposición de las cosas, debe ser examinada bajo estos dos diferentes aspectos: 1.º como consecuencia pura y simple de su estado de mujer casada; y 2.º como consecuencia ó ejecución de derechos adquiridos en virtud del matrimonio (2).

En cuanto al primer punto de vista, la mujer está colocada bajo la dependencia del marido con respecto á los actos de la vida civil, ya sea en su propio interés, ya en el de las conveniencias sociales y de las buenas costumbres. Por ejemplo, además de que el interés bien entendido de la administración de los bienes durante el matrimonio se opone á que la mujer pueda adquirir á título gratuito sin el consentimiento del marido, menester es

(1) Obra citada, § 389.

(2) M. A. Mailher de Chassat, *Traité de la rétroactivité des lois*, tomo I, capítulo 4.º

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

decir que esta disposición del art. 137 del Código reposa también sobre este motivo, fundado en las buenas costumbres, de que importa á la dignidad del matrimonio que el marido apruebe la causa de la liberalidad. Así, independientemente de la autorización del marido, que es de orden público y que debe ser especial para cada acto, la capacidad de la mujer se ejerce en cierto orden de cosas y dentro de ciertos límites fijados por la ley. Por lo que hace á la *disponibilidad de los bienes* entre cónyuges durante el matrimonio, sea por acto entre vivos, sea por testamento, las reglas del Código Civil se aplican aun á los casados con anterioridad á su promulgación. En los países de derecho escrito, agrega el autor que venimos citando, la mujer podía enajenar sin autorización del marido sus bienes parafernales; hoy estaría ella ligada, aunque casada bajo el imperio de las leyes antiguas, por las prohibiciones y por las formalidades introducidas por el Código Civil.

No sucede otro tanto cuando la capacidad de la mujer es considerada como consecuencia ó ejecución de derechos adquiridos en virtud del matrimonio. Diversas sentencias de la Corte de Casación establecen que la nueva ley no puede alterar lo pactado expresa ó tácitamente por los esposos en las convenciones matrimoniales en lo relativo á la administración y dominio de sus bienes. El motivo no es otro que el principio general de que la ley no puede atentar á los derechos adquiridos. Pero debe notarse cuidadosamente que no se trata de derechos ó facultades otorgados por la ley, sino de los que han sido pactados por los cónyuges cuando eran hábiles para ello. Este pacto podía ser expreso, y se consideraba como tácito el que había sido establecido por los costumbres del país, tales como las de Normandía, donde se reputaba celebrado el matrimonio con la con-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dición de que la mujer no podía perder sus bienes dotales.

La administración de los bienes parafernales que la ley peruana concede á la mujer casada, ha desaparecido, siguiendo esta doctrina, desde la vigencia de la ley chilena en los territorios anexados que antes pertenecían al Perú, y ha desaparecido precisamente porque ese derecho no ha sido materia de una convención, sino de un mandato legal, sustituido hoy día por una disposición diferente, que ha comenzado á regir desde su promulgación, como todas las leyes y estatutos personales que versan sobre la capacidad como consecuencia del estado civil de las personas.

X

Hemos dejado para la conclusión de este estudio la opinión del afamado jurisconsulto alemán Federico Carlos de Savigny, porque nos consta que fué especialmente tenida en cuenta en la formación de nuestra ley del efecto retroactivo (1).

Este escritor hace notar que los autores franceses confunden á menudo el derecho de la familia con las leyes sobre el estado de la persona en sí. Exagerando demasiado el uso de la división que hacen de las leyes en estatutos reales y personales, colocan entre los derechos reales únicamente el derecho de familia aplicado á los bienes, dejando en la categoría de los derechos personales lo que puede denominarse el derecho puro de familia y el estado de la persona en sí. Esta doctrina, inaceptable en principio, no acarrea en la práctica consecuencias

(1) Así lo expuso en cierta ocasión al autor de este artículo el señor don José E. Vergara, redactor de la ley á que nos referimos.—Véase la obra citada de Savigny, § 396.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

deplorables, pues las cuestiones más importantes referentes al derecho de las familias pertenecen, en realidad, á la capacidad de obrar, y, por otra parte, leyes importantes acerca del verdadero derecho de la familia, especialmente el matrimonio, escapan al principio de la retroactividad, porque tienen por objeto, no la adquisición, sino la existencia de los derechos en sí.

Las leyes que reglan la capacidad de las personas, tienen, según este escritor, y de acuerdo en esto con todos los autores, una acción enteramente libre, porque tratándose del estado de la persona en sí, jamás puede hacerse cuestión de derechos adquiridos que deban respetarse, como sucede en las leyes que reglan el derecho de familia en cuanto á las cosas y las obligaciones. La persona capaz puede ser reducida á la incapacidad por la nueva ley, y lo único que ésta debe respetar son los actos ejecutados durante el período de la capacidad.

«La capacidad de obrar, dice Savigny, se juzga exclusivamente según la fecha de los actos jurídicos, tanto en lo que toca al estado de los hechos, como á la ley en vigor. Si pues verifica un menor un contrato sin su tutor, este contrato es nulo, aún después que el menor haya cumplido su mayor edad, ó aunque una ley posterior adelantara la época de dicha mayor edad. La recíproca es igualmente verdadera; así, pues, el contrato hecho bajo el imperio de la ley francesa por un individuo de edad de veintiún años permanece válido, aunque poco después se sometiera el país bajo el dominio del Derecho romano, que fija en veinticinco la mayor edad.» De aquí el axioma conocido: *Tempus regit actum.*

Cuando se trata, no ya de actos consumados, sino de la capacidad de ejecutarlos, ó sea del estado personal, la cuestión varía totalmente de aspecto. «El principio de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la retroactividad, añade Savigny, rara vez podrá aplicarse al estado de la persona en sí; pues lo que constituye este estado tiene de ordinario una naturaleza de tal modo abstracta, que no sabríamos ver en ella derechos adquiridos; sólo en circunstancias especiales, y por tanto, por excepción, podemos atribuirle este carácter. Así, pues, nuestro principio sólo en estos casos modifica la acción de la ley nueva sobre el estado de cosas anteriores; en todos los demás casos la ley nueva recibe una aplicación inmediata é ilimitada.»

Partiendo de estas reglas generales y aplicándolas al caso especial de la mujer, reconoce Savigny que, cuando en un país en que la tutela del sexo ha sido hasta entonces desconocida, una ley nueva viene á establecerla, en cualquier grado que sea, todas las mujeres del país se encuentran inmediatamente sometidas á ella, aconteciendo lo mismo en el caso inverso en que una nueva ley aboliese la tutela establecida por razón del sexo; y la razón es que no hay fundamento alguno para considerar la capacidad de obrar, más extensa, como un derecho adquirido por las mujeres que existen al tiempo de la promulgación de la ley nueva y para restringir sus efectos á la próxima generación.

Llegando ya á la cuestión del matrimonio, el autor cuya doctrina extractamos hace la distinción marcada entre los derechos y obligaciones que provienen del estado del matrimonio, y el derecho de bienes entre los esposos. Sobre lo primero, es decir, la especie de tutela que el marido ejerce sobre la mujer, cree que no pertenece, en general, al derecho de matrimonio, sino al estado de la persona en sí. Rígese, por consiguiente, esta situación jurídica por las leyes nuevas, sin atender á las vigentes en el tiempo en que el matrimonio se celebró.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En cuanto á lo segundo, sobre el derecho á los bienes que los cónyuges poseen al tiempo del matrimonio y sobre los frutos que produzcan, tomando en cuenta el sistema de comunidad que existe en unos países ó el régimen dotal que se ha acostumbrado en otros, en una palabra, los derechos reales de los cónyuges, abstracción hecha de los personales ó que dependen puramente de la capacidad de la persona; es de parecer que la ley vigente en la época del matrimonio, debe aplicarse aun cuando leyes posteriores modificasen las disposiciones sobre bienes entre los cónyuges. Las mismas razones que hay para hacer prevalecer la ley vigente en el domicilio del marido al tiempo de la celebración del matrimonio, sin consideración al cambio ulterior de domicilio, pueden invocarse contra la influencia de un cambio posterior de legislación.

Pero ¿qué entiende el autor por tutela del sexo, ó por tutela ejercida por el marido sobre la mujer? No se cuida Savigny de plantear ni de resolver este problema en este lugar, limitándose á indicar, por vía de anotación, que tal es, sobre todo, la autorización marital; pero ha creído ociosa toda disertación sobre este punto, por haberlo tratado ya extensamente en el libro primero de su obra. Allí nos ha enseñado que entre las personas *alieni juris* se cuentan las mujeres casadas, y que del matrimonio nacía entre los romanos la relación denominada *manus*, así como de la paternidad y del dominio sobre los esclavos nacían respectivamente la *patria* y la *dominica potestad.*

La *manus*, como forma rigorosa del matrimonio, no producía, en cuanto á la capacidad, sino una especie de restricción. La mujer casada se consideraba, en derecho, como la hija de su marido, y su estado era enteramente análogo al de una *filiæ-familias.* Gayo expresa esta idea

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

con las siguientes palabras: *Idem juris est et in uxoris persona quæ in manu est, quia filiæ loco est* (1).

Ahora bien, la situación jurídica del hijo sometido al poder paterno se resume en un principio muy sencillo: en la esfera del derecho privado es incapaz de ejercer autoridad alguna, carece de todo poder; en la esfera del derecho público es enteramente apto, porque su incapacidad no procede de una falta inherente á su persona, sino que se deriva de la regla que atribuye al padre todos los derechos resultantes de los actos del hijo. La tutela está llamada á suplir la capacidad de obrar de una persona, y sustituye para este efecto la autoridad paterna.

De la exposición de esta doctrina resulta bien establecido que el sistema sostenido por Savigny, si bien difiere en la forma y en la manera de desarrollar las ideas, de los demás jurisconsultos que nos han servido de guía, está en perfecto acuerdo en el principio que todos adoptan como consecuencia natural de sus investigaciones, que es el siguiente: la capacidad de la mujer casada para administrar sus bienes, se deduce de su estado civil, y los derechos que nacen de este estado no tienen el carácter de derechos adquiridos; al contrario, quedan sujetos á la nueva ley que los reglamenta, desde que ella comienza á ser obligatoria.

XI

Creemos haber comprobado con el texto de la ley de 7 de octubre de 1861, con las disposiciones del Código Civil á que aquélla se refiere y cón la doctrina de sabios maestros y distinguidos jurisconsultos, que el artículo 3.º de aquella ley, subordinando á la ley posterior

(1) Gaii, *Institutionum*, Comm. II, 159.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

los derechos y obligaciones que nacen del estado civil, ha querido que la capacidad legal de las mujeres casadas sea regida por la ley posterior, desde que comienza á obligar. De allí fluye, sin esfuerzo alguno y naturalmente, como dijimos al principio, la consecuencia de que las mujeres que contrajeron matrimonio durante la vigencia del Código del Perú, han perdido la capacidad de administrar sus bienes que éste les concedía, desde el momento que se puso en vigor en las provincias de Tarapacá y Tacna la legislación chilena que les niega este derecho.

No cabe entonces la menor duda de que no les es aplicable el art. 8.º de la ley citada, que ha sido dictado para casos y personas diferentes.

Es menester fijar nuestra atención en que la ley va enumerando los casos posibles de conflicto entre las leyes antiguas y las nuevas, y que esta enumeración guarda rigorosamente el orden de materias que consigna nuestro Código Civil. Comienza por las reglas concernientes al estado civil, analiza los diversos efectos jurídicos de dicho estado, las relaciones de padres, hijos y cónyuges, continúa con la administración de bienes, la guarda de incapaces y reglas que rigen la personería jurídica, con lo cual da término á las materias tratadas en el Libro 1.º del Código. Desde el art. 12 hasta el 17 se ocupa en las materias que se relacionan con el Libro 2.º; desde el 18 hasta el 21 en todo lo que se refiere á la sucesión por causa de muerte, objeto del Libro 3.º; y sin más excepción que el art. 24, que versa sobre reglas de procedimiento, los demás artículos finales disponen sobre los mismos asuntos que son el objeto del Libro 4.º del Código.

Después de establecer en el art. 1.º el objeto de la ley, dispone en el 2.º que para la adquisición del estado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

civil prevalecen las leyes posteriores, consecuencia directa del principio, por todos aceptado, de que las meras expectativas no forman derecho, principio que de una manera explícita consagra el art. 7.º

En cuanto al estado civil adquirido ya, rige el principio de que debe respetarse todo derecho adquirido, y solamente se sujetan á la ley posterior los derechos y obligaciones que de él nacen. Estas disposiciones de los artículos 2.º y 3.º de la ley se aplican á las materias en que se ocupan los títs. 4.º á 9.º del Libro 1.º del Código, comprendiendo también las reglas de dependencia y subordinación entre padres é hijos y guardadores y pupilos, por razón de la analogía que existe entre estas reglas y aquellas de la misma clase á que están sujetos los cónyuges.

El art. 4.º corresponde al tít. 10 del Código, que trata de la patria potestad; el 5.º, al tít. 12, sobre hijos naturales; el 6.º, al tít. 14, referente á hijos ilegítimos. El 7.º consigna como precepto positivo de la ley el principio de doctrina de que las meras expectativas no forman derecho, para deducir de él inmediatamente que la capacidad de los hijos ilegítimos para ser legitimados por subsecuente matrimonio, como mera expectativa que es, no confiere derecho á la legitimidad cuando el matrimonio se contrajere después de dictada una nueva ley, sino con los requisitos y formalidades que esta nueva ley exige. El art. 9.º entra ya á tratar de los guardadores, materia de los títs. 19 y siguientes del Código.

Entre los arts. 6.º y 9.º existe, pues, un vacío, que ha tratado de llenar la ley con una disposición que evidentemente se refiere á algunas de las materias que el Código Civil trata entre sus títs. 14 y 19. Y así es, en efecto. El art. 8.º de la ley dispone que el que hubiere

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

adquirido bajo el imperio de una ley, el derecho de administrar sus bienes, no lo perderá bajo el de otra, aunque la última exija nuevas condiciones para adquirirlo, debiendo el ejercicio y continuación de este derecho sujetarse á las reglas establecidas por la ley posterior. Este artículo, por razón de orden y de materia, está relacionado con el tít. 16 del Libro 1.º

Nótese que la redacción misma de este artículo está indicando que no puede referirse á las relaciones de derecho que nacen del estado del matrimonio. La mujer peruana, así como la de cualquiera otro país en que rijan disposiciones análogas á las del antiguo sistema legal español, cuando se casa, no adquiere por ese hecho la administración de sus bienes. Si no la tenía antes del matrimonio, continuará incapaz durante él hasta la edad fijada por la ley, sirviéndole de guardador su propio marido (1); y si, al contrario, administraba ya sus bienes como mayor de edad ó como emancipada (2), lejos de poder decirse que ha adquirido por el matrimonio la facultad de administrarlos, la verdad es que ha perdido desde luego la facultad de administrar sus bienes dotales, y que solamente conserva la de los parafernales, pudiendo aún perder la administración de la mitad de éstos, si no hubiere dote constituída.

¿Cómo puede, pues, sostenerse que la mujer casada bajo el imperio de la ley peruana ha adquirido el derecho de administrar sus bienes? Ni ¿cómo puede, por lo tanto, aplicarse á ella la disposición del art. 8.º de la ley de 7 de octubre de 1861, que se refiere á la adquisición del derecho, y no á su mera conservación? ¿No se ve,

(1) Art. 822 del Código Civil del Perú.

(2) Téngase presente que en la legislación peruana el menor emancipado se hace capaz de administrar sus bienes, aun cuando subsista siempre en su favor el privilegio legal de la restitución (art. 299 del Código Civil).

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

por otra parte, que ese artículo supone que los derechos de que se trata se adquieren en todo caso, bien que con distintas condiciones, limitándose á decir que, aun cuando la nueva ley exija nuevas condiciones, el derecho adquirido subsistirá? Y ¿no resalta aún más el espíritu de esta disposición legal, observando que en su parte final declara que el derecho adquirido debe ejercitarse conforme á las reglas de la ley posterior?

No; ni por el orden del lugar en que está consignado, ni por el carácter mismo del precepto legal contenido en el art. 8.º, puede racionalmente admitirse que la administración de bienes á que se refiere, sea la que depende de la capacidad ó incapacidad de la mujer casada. El precepto se refiere evidentemente á un derecho que se ha adquirido bajo ciertas condiciones durante la ley antigua, y que también se adquiere bajo la ley nueva bajo condiciones diversas; y en el caso que examinamos, la mujer casada que ha adquirido, no en virtud del matrimonio sino en virtud de su mayor edad, la facultad de administrar sus bienes, y que conserva esa facultad por disposición y durante la vigencia de la ley peruana, la pierde desde que rige la ley chilena, porque ésta no concede á la mujer casada la administración de sus bienes, que sólo puede tener en casos excepcionales, como el de convenio expreso en las capitulaciones matrimoniales, ó el divorcio ó separación de bienes.

¿Á quién se aplica, entonces, el art. 8.º? Indudablemente al menor emancipado, que por la ley antigua había adquirido el derecho de administrar sus bienes; y que, debiendo caer en pupilaje por la ley nueva, habría perdido ese derecho, si la ley, obedeciendo al principio del respeto á los derechos adquiridos, no se lo hubiese conservado.

No olvidemos que la ley del efecto retroactivo fué

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dictada inmediatamente después de la vigencia del Código Civil, y tuvo por principal objeto solucionar los conflictos que existían entre este Código y la legislación española que antes nos regía. Esa es la causa de la lógica que guarda en el orden con que trata las cuestiones y en la aplicación práctica de los principios fundamentales que le sirven de base.

Según las leyes 15 y 17 del tít. 18, Part. 4.ª, y 93, tít. 18, Part. 3.ª, el menor podía ser emancipado por el padre con aprobación del juez, desde la edad de siete años, y aun antes, con permiso ó autorización especial del monarca. El Código Civil exige para la emancipación voluntaria que el hijo sea adulto; pero una y otra ley someten al hijo menor emancipado á la guarda que corresponde á todo menor que no está bajo patria potestad. La ley española le concedía, sin embargo, el derecho de obtener venia ó dispensa de edad para administrar sus bienes desde que cumplía los dieziocho años, y aun adquiría *ipso jure* esta misma facultad, si contraía matrimonio (1). El Código Civil no concede la habilitación de edad, que es la capacidad para administrar sus bienes, á ningún menor de veintiún años, aun cuando sea casado ó emancipado. De aquí el conflicto entre las dos legislaciones, que ha salvado el art. 8.º de la ley del efecto retroactivo.

Según esta ley, el menor emancipado, de dieziocho años cumplidos, que había obtenido la venia ó licencia de administrar sus bienes conforme á la ley española, no lo perdía, á pesar de que la nueva ley le exigiera nuevas condiciones para adquirir este derecho, y era administrador legítimo de sus bienes; mientras aquellos á quie-

(1) Ley 7, tít. 2, lib. X, Nov. Recop.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nes se aplicaba la nueva ley debían aguardar los veintiún años para obtener la habilitación de edad.

En este caso sí que se trata de la adquisición del derecho de administrar bienes, bajo tales y cuales condiciones según la antigua ley; adquisición que también puede hacerse bajo la nueva ley, aunque bajo condiciones distintas.

Fácilmente se percibe la diferencia que hay entre este caso y el de la administración de los bienes parafernales, y la perfecta armonía que existe entre los arts. 3.º y 8.º de la ley de 7 de octubre de 1861. Como lo dijimos al principio, el examen comparativo de ambas disposiciones nos manifiesta con toda claridad, y sin que pueda quedar en el espíritu el menor asomo de duda, de que no hay entre ellas ni siquiera una aparente contradicción, puesto que es evidente que una y otra se refieren á casos y objetos diversos.

La legislación peruana concede al menor emancipado el ejercicio de sus derechos civiles, y autoriza la emancipación desde la edad de 18 años, exigiendo para ello, en casos dados, formalidades especiales (1). Al menor así emancipado durante la vigencia de la legislación peruana, y que no hubiere llegado á la mayor edad después de implantada la legislación chilena en estos territorios, se aplicaría de lleno la disposición del art. 8.º de la ley del efecto retroactivo, y en virtud de ella, no perdería, con el cambio de leyes, el derecho que tenía adquirido para administrar sus bienes.

M. E. Ballesteros

(1) Arts. 299 y 304 del Código Civil del Perú.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN HISTÓRICA

DON ANDRÉS BELLO Y EL CÓDIGO CIVIL

(Continuación)

Ahora bien, á pesar de tanta discusión, es indudable que el artículo á que aludimos y especialmente el número 4.º puede dar origen á dudas y vacilaciones aparentemente fundadas.

El distinguido autor de los excelentes comentarios que se publican con el título de *Explicaciones de Código Civil*, dice á este respecto, tratando del inciso primero del número 4.º del artículo 267 del expresado *Código*, lo que se copia á continuación.

"Se ha dicho en el inciso precedente que, en los tres casos anteriores, podrá el juez proceder á petición de cualquier consanguíneo del hijo, y aun de oficio; luego, es claro que en el caso de este número 4.º no tiene el juez semejante facultad. ¿Á qué propósito es posible que obedezca esta disposición negativa? Á ninguno racional y lógico, porque no puede haberse pretendido que provoquen la emancipación judicial ni el padre condenado, por una parte, ni el hijo menor é incapaz, por otra, con preferencia al juez y á los parientes. Sin embargo, esta aparente inconsecuencia del Legislador se salva de la manera más natural y satisfactoria, admitiendo que esta cuarta causal no lo es propiamente de emancipación *judicial*, sino de emancipación *legal*, y que se produce por la sola existencia de su causa determinante, cual es el decreto condenatorio del padre. Y esta aseveración se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

confirma y corrobora con otros argumentos que no dejan duda alguna acerca de su estricta legitimidad.

"Comienza, en efecto, el número que estudiamos diciendo que se efectúa la emancipación judicial por *toda sentencia* pasada en autoridad de cosa juzgada que declare al padre culpable de un crimen, etc.; luego, según las palabras de la ley, es la sentencia misma condenatoria la que, por sí sola, produce la emancipación, sin que, para este efecto, sea preciso otra alguna declaración judicial, ni coetánea con esa sentencia ni posterior á ella. La paralogización del Legislador provino, sin duda, de que en este capítulo de emancipacion legal *interviene* una sentencia judicial; pero la verdad es que esta sola circunstancia nada arguye en cuanto á la determinación de la naturaleza de la causal, según lo justifica el inciso 4.° del artículo 266, en que se dispone que la emancipación *legal* se efectúe por el *decreto* que da la posesión de los bienes del padre desaparecido. Á lo que debe atenderse no es, pues, á la calidad de la causa remota de la emancipación, sino al modo como ésta se efectúa, existiendo aquella causa. Por otra parte, el *Código*, en el inciso último de este artículo, dice que la emancipación de que tratamos tendrá efecto, sin embargo de cualquier indulto que recaiga sobre la pena, á menos que en el indulto se comprenda expresamente la conservación de la patria potestad; luego, cuando no haya indulto, ó cuando éste sea puro y simple, el padre no retendrá la patria potestad. ¿En dónde está, pues, la necesidad de un nuevo decreto judicial para que dicha emancipación se efectúe?" (1).

No obstante las razones aducidas en el párrafo que

(1) *Explicaciones de Código Civil*, por don Paulino Alfonso, tomo I, páginas 494 y 495.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

acabamos de reproducir, consideramos que, ateniéndonos á la letra del artículo 267, para que se produzca la emancipación en el caso del número 4.º, se requiere un nuevo decreto judicial.

Para dilucidar la cuestión, no es posible tomar aisladamente las palabras empleadas en cada uno de los cuatro casos de emancipación contenidos en el artículo indicado. Es menester no perder de vista los términos en que está concebido este mismo artículo en su comienzo y la relación de subordinación que hay entre este comienzo y los casos en seguida enumerados.

Se empieza por decir que la emancipación judicial se efectúa *por decreto de juez*, y á continuación se exponen las circunstancias en que este decreto puede ser expedido.

El número 4.º no es más que uno de los casos en que puede pronunciarse el decreto antedicho.

Sostener que la sentencia de que se habla en este número produce por sí misma la emancipación, vale tanto como decir que ésta se efectúa, por ejemplo, por el hecho solo de que el padre haya abandonado al hijo, sin necesidad de decreto judicial.

Es innegable que la redacción del artículo sobre que discurrimos es imperfecta, y que, por lo tanto, se presta á observaciones en este sentido; pero no se puede menos de confesar también que la opinión que hemos expresado acerca de la inteligencia del 4.º caso de la emancipación judicial, es la única sostenible dentro del tenor literal de la ley.

El autor de las *Explicaciones de Código Civil* considera que ha habido aquí una paralogización de parte del Legislador al incluir entre los casos de emancipación judicial el contenido en el número 4.º .

Podemos asegurar, sin embargo, que la paralogización

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que se supone no ha existido, y, para convencerse de ello, basta leer la forma primitiva que tuvo el artículo de que tratamos.

Esta forma se conserva en un girón de papel escrito por el señor Bello con su letra casi indescifrable.

Héla aquí:

"La emancipación judicial se efectúa por decreto de juez.

"1.º Cuando el padre maltrata habitualmente al hijo en términos de poner en peligro su vida ó de causarle grave daño.

"2.º Cuando el padre ha abandonado al hijo.

"En este caso y el anterior, el decreto judicial no podrá expedirse sino á petición de parte.

"3.º Cuando la depravación del padre le hace incapaz de ejercer la patria potestad.

"En este caso, podrá el juez proceder de oficio.

"En los tres casos anteriores, serán oídos los parientes y el defensor de menores, y se concederá al padre el recurso de apelación.

"4.º Se efectúa asimismo la emancipación judicial por toda sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que declare al padre culpable de un crimen infame.

"*El decreto judicial de emancipación hará parte de la misma sentencia*, y tendrá efecto sin embargo de cualquier indulto que recaiga sobre la pena, á menos que en el indulto se comprenda expresamente la conservación de la patria potestad."

La frase que hemos subrayado en el artículo anterior, fué modificada todavía por don Andrés y convertida en esta otra: *La emancipación se pronunciará en la misma sentencia;* frase que aparece también en el *Proyecto* publicado en 1853 (artículo 290).

Ambas redacciones indican de una manera que no

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

deja lugar á dudas que el Legislador no consideraba que la sentencia de que habla el primer inciso del número 4.º produjera por sí sola la emancipación del hijo.

Su primera idea fué, como se ha visto, que esta emancipación se pronunciara en la misma sentencia, y esto por una razón que se descubre desde luego.

Esta sentencia debía recaer sobre un crimen *infame*, esto es, sobre un crimen que hacía perder el honor al condenado y que merecía penas como las de muerte, azotes ó exposición á la vergüenza pública: por lo tanto, el Legislador, atendiendo á la gravedad del delito cometido por el padre, quiso que la emancipación en este caso se decretara de oficio.

Más tarde, la Comisión creyó conveniente reemplazar la expresión *crimen infame* por la de *crimen á que se aplique la pena de exposición á la vergüenza pública, ó la de cuatro años de reclusión ó presidio, ú otra de igual ó mayor gravedad.*

Esta modificación fué indudablemente la causa de que en la nueva redacción no apareciera la idea contenida en la frase que hemos subrayado en el artículo originario.

Ya no se trataba únicamente de delitos tan graves que por necesidad debieran producir la emancipación; por consiguiente, se procedió de una manera acertada quitando al juez la facultad de pronunciarla de oficio en estas circunstancias.

Por lo demás, la interpretación que hemos dado al número 4.º del artículo 267 del *Código Civil*, viene á destruir las otras objeciones que se hacen respecto á este mismo artículo.

MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI R.

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—1. La Cuestión Económica, *Cartas relativas á la materia*, por don Marcial Martínez, 1 op. de 166 págs., Imp. de la Unión, Santiago. Son las cartas á que nos referimos en nuestra revista bibliográfica del número 4 del presente tomo, precedidas de una introducción y seguidas de una memoria sobre conversión de la deuda externa, presentada al Gobierno en 1884, cuando el autor era ministro diplomático de la República en Londres.—2. Apuntes para el juicio de don Luis Urzúa Gana con don Baldomero Rojas sobre si se ha ó no resuelto una hipoteca, ó efectos de la condición resolutoria envuelta respecto de terceros, 1 op. de 63 págs., Imp. de la Unión, Santiago. —3. Encrucijadas Judiciales, juicio entre don Alfredo Videla y don Francisco R. Undurraga sobre rebaja de precio de venta de los fundos *San Rafael* y *Cochantú*, 1 op., de 59 págs., Imp. de «El Progreso,» Santiago.

REPÚBLICA ARGENTINA.—Revista Nacional, de Buenos Aires. Director, don Adolfo P. Carranza. Tomo I, seis entregas de 64 páginas cada una, mayo á octubre de 1886. Está consagrada á la historia americana, la literatura y la jurisprudencia. De esta ciencia hemos encontrado artículos interesantes sobre el divorcio, la calumnia y la excepción de litis-pendencia; y un discurso del doctor Irigoyen en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Saludamos al distinguido colega trasandino deseándole buena fortuna, y para alcanzar ésta, una constancia como la de que está dando pruebas. Aunque nuestra Revista tiene un fin limitado, se nos disculpará que en ocasiones nos salgamos de él para ciertas observaciones que nos sugiere el patriotismo. La que hoy estampamos aquí se origina del examen que hemos hecho de los artículos que la Revista del señor Carranza registra sobre historia americana. En la entrega 1.ª, con el título de *Actos que precedieron á la organización de la Confederación Perú-boliviana*, se inserta un capítulo inédito de la obra de don M. F. Paz Soldán sobre la historia del Perú, en que se asienta que Chile vió con notable desagrado la independencia de ese país, y se interpretan maliciosamente los actos de nuestro Gobierno en aquella época, calumniando á algunos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de nuestros estadistas. Sabemos qué origina en el señor Paz Soldán estas torpes inepcias, que suponemos refutará oportunamente el señor Barros Arana en la monumental *Historia General de Chile*, que está publicando. Parécenos oportuno insinuar á nuestro ilustrado colega y amigo, el señor Carranza, la conveniencia de corresponder á los sentimientos de confraternidad de Chile hácia su país, fomentándolos en su publicación. En Chile nadie se ocupa en desprestigiar á los estadistas argentinos, y, muy al contrario, se elogian las instituciones y progresos que ellos han implantado en su país. Otras observaciones podríamos agregar, si no fueran tan cortas las líneas de esta sección. Resumimos: correspóndase á nuestra lealtad, y procuremos todos hacer práctico nuestro americanismo sin suscitar recelos ni desconfianzas, y propendiendo generosamente á una mejor inteligencia internacional.

COLOMBIA.—1. PRÁCTICA FORENSE, *ó Prontuario de organización y procedimientos judiciales concordados y anotados*, por don Demetrio Porras, profesor de la Universidad Católica de Colombia, 3 ts., 1,215 páginas, Bogotá. Es un importantísimo tratado que sirve de texto á los estudiantes universitarios de aquella ciudad. Está dividido en tres libros, destinado el primero de ellos á la organización y atribuciones del Poder judicial, del ministerio público y de los auxiliares en la administración de justicia; el segundo, á los procedimientos civiles; el tercero, á los criminales; todos con sus respectivos formularios. «Hemos querido, dice la *Introducción*, unir la teoría á la práctica y dar á esta parte la significación que merece... La práctica no es rutina, no es empirismo: es la aplicación racional de los principios y de la doctrina legal. Las dificultades de la práctica forense no se resuelven sino con el criterio científico: toda cuestión jurídica abarca en su conjunto la relación de derecho, y esta relación, como dice el señor Ortiz de Zúñiga, comprende el elemento intelectual de la práctica. No de otra suerte se resuelven las cuestiones forenses.» El autor ha consultado de preferencia las obras de Escriche, Ortiz de Zúñiga, Manresa, Miquel y Reus, la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* de Madrid, y el *Prontuario* del jurisconsulto chileno don José Bernardo Lira, de quien hace honrosas recomendaciones en el curso de la obra. Aparecen citados, asimismo, algunos otros tratadistas chilenos, el principal de los cuales es don Jacinto Chacón. Da motivo á estas citas la conocida circunstancia de estar adoptado en Colombia el Código Civil Chileno y aun algunas leyes chilenas, como la del efecto retroactivo de la ley. Los colombianos tienen desde 1860 Códigos de Enjuiciamiento Civil y Criminal, llamados entre ellos *Código Judicial*. Es sen-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sible que en esta materia, de tan vital importancia para una correcta administración de justicia, nosotros permanezcamos todavía estacionarios en el régimen legal de procedimientos de la colonia. Hemos examinado la obra del señor Porras, y encontramos en ella un método excelente, estilo correctísimo, una notable erudición, minuciosidad en sus explicaciones y detalles. Cuando lo ha estimado necesario, ha expuesto con sincera y elocuentè franqueza sus opiniones, cualidad atrayente en obras que, como éstas, revelan al pensador y al jurisconsulto eminentes. La PRÁCTICA FORENSE está á la altura de la reputación de que goza el señor Porras en el mundo científico y del adelanto de los estudios jurídicos de su patria.—2. DE LA EXTRADICIÓN Y LOS DELITOS POLÍTICOS (16 páginas) y NUEVA FAZ POLÍTICA (18 páginas) son los títulos de dos folletos del mismo señor Porras, en que estudia interesantes cuestiones de Derecho Constitucional é Internacional. Debe agregarse á éstos un ESTUDIO SOBRE LA CONDICIÓN LEGAL DE LOS EXTRANJEROS EN COLOMBIA, inserto en el *Bulletin de la Société de Législation comparée* de Paris (núm. de Mayo de 1886).—Vivamente agradecemos al señor Porras estos valiosos obsequios, prenda de noble y fraternal amistad. Y, aunque no sea enteramente propio de este lugar, no podemos resistir al deseo de manifestarle asimismo nuestra gratitud sincera por su atención al enviarnos un cuadro fotográfico que representa la espléndida tumba en que, por voluntad del Gobierno y el cariño de sus amigos de Colombia, descansan los restos de nuestro malogrado poeta y diplomático, don José Antonio Soffia. Esa fotografía, mandada tomar en el cementerio de Bogotá por el mismo señor Porras, importa para nosotros, no sólo una muestra más de la deferencia póstuma otorgada en lejana tierra á un distinguido conciudadano, sino un testimonio de afecto y simpatía á la patria chilena: es grato estimar en toda su noble amplitud esta generosa manifestación que, por su carácter internacional, tanto realza á nuestros ojos al ilustrado jurisconsulto de Colombia.

SAN SALVADOR.—Nuestro estimable corresponsal en esta República, señor don Tiburcio G. Bonilla, residente á la fecha en Ahuachapán, ha tenido á bien remitirnos últimamente las siguientes publicaciones:—1. ¿SERÁ CONFORME Á LOS PRINCIPIOS DE DERECHO PÚBLICO QUE LA MUJER GOCE DE TODOS LOS DERECHOS DE CIUDADANÍA? tesis presentada á la Facultad de Jurisprudencia en la Universidad Central de San Salvador, por don Higinio Valdivieso, 1883. Se sabe que el Legislador chileno ha resuelto este problema en sentido negativo: esta memoria procura demostrar la afirmativa. Lo que más nos ha llamado en ella la atención es el gran número de dedicatorias que aparece al frente

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de un trabajo de cinco páginas, pues ellas se refieren á los padres, á cuatro hermanos, á dos doctores y una señorita, á tres tíos, á un general, á dos ciudadanos, á los maestros y catedráticos del candidato, á sus primas y amigos en general.—**2.** JUICIO CRÍTICO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y SU INFLUENCIA EN EL ESTADO, tesis presentada para recibirse de abogado por don Francisco Acuña á la Facultad de Derecho y Notariado de Guatemala, 1885. Está dedicada sólo á los padres, á un Ministro de Estado y á dos particulares amigos del autor.—**3.** PROYECTO DE LEY sobre el divorcio presentado por algunos diputados á la Asamblea Nacional Legislativa de Guatemala, 1883.—**4.** REGLAMENTO DE LA RENTA DE LICORES dictado por el Gobierno de San Salvador en el presente año.—**5.** Cinco números de distintos periódicos de San Salvador en que se inserta una serie de artículos sobre el derecho de representación y en que tomó una parte brillante el señor Bonilla. Damos las gracias á nuestro distinguido amigo por su atención, y sentimos que la prolongada extensión de aquellas disertaciones no nos permita insertarlas en nuestras páginas, como lo habríamos deseado.

BIBLIOTECA DE LA "REVISTA FORENSE CHILENA"

Vol. I.—COMENTARIO DE SIETE TÍTULOS DEL CÓDIGO CIVIL (títulos preliminar y I á VI del Libro I), por don Juan Antonio de Armas.

Se han publicado las entregas 6.ª y 7.ª, que comprenden hasta la página 224.

LA DIRECCIÓN

IMP. CERVANTES, Bandera, 73

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO II Santiago, 1.° de febrero de 1887 NÚM. 9

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Don Carlos Aguirre Vargas, por E. C. L.—El nombramiento de los jueces, por don Miguel Luis Amunátegui.—Notas Editoriales: Ordenanzas de la Armada española vigentes en Chile en 1810: Proyecto de Ordenanza general de la Armada: Proyecto de Ordenanza general del Ejército: Proyecto de Código de Enjuiciamiento Criminal.—Comentario del Título preliminar y del Título I del Libro I del Código de Comercio (continuación), por don José Alfonso.—Relaciones recíprocas entre la prensa y la legislación (continuación), por don José Joaquín Larraín Z.—Inscripción del decreto judicial que confiere la posesión efectiva de la herencia.—Don Andrés Bello y el Código Civil (conclusión), por don Miguel Luis Amunátegui Reyes.

DON CARLOS AGUIRRE VARGAS

Un miembro prestigioso de nuestro foro y del profesorado universitario, el señor don Carlos Aguirre Vargas, ha fallecido el 27 de diciembre último, produciendo su desaparición un sentimiento de condolencia unánime en nuestra sociedad.

El señor Aguirre Vargas nació en Santiago el 13 de diciembre de 1852. Fueron sus padres don José Domingo Aguirre y doña Isidora Vargas de Aguirre.

Hizo sus estudios de humanidades en el Instituto Nacional desde 1863, y con tal lucimiento, que en cada curso obtuvo la mayor parte de los premios. Su conducta, su aplicación, su carácter afable, le granjearon desde el primer momento la simpatía y el aprecio de sus condiscípulos y maestros.

Todos los ramos, historia ó matemáticas; idiomas ó ciencias naturales; filosofía ó literatura, le ofrecían igua-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

les facilidades, siendo éste uno de los caracteres especiales de su inteligencia.

Al optar al título de bachiller en 1871, el rector del Instituto, don Diego Barros Arana, que era autor principal de un proyecto de examen general, muy complicado en las pruebas y en las precauciones para que sólo pudieran salir victoriosos los estudiantes que realmente estuvieran preparados, pensó en acreditar su sistema con el ensayo práctico que de él se hiciera en algunos de los alumnos que en ese año terminaban las humanidades.

Cupo al señor Aguirre Vargas el honor de ser uno de los tres ó cuatro buscados con tal objeto, y rehusó terminantemente someterse á esa prueba, no, por cierto, por temor á sus rigores, que para él nada importaban, sino porque el triunfo que él obtuviera habría de convertirse en daño grave para los demás estudiantes, que, no habiendo sido preparados especialmente para soportarla, iban, sin embargo, á ser sometidos á ella.

Durante el curso de leyes, que siguió en cuatro años, manifestó en mayor grado todavía sus cualidades y aptitudes. Y á la vez que estudiaba la jurisprudencia, se consagraba con empeño, por complacer la exigencia de sus padres y también por voluntad propia, al aprendizaje de la teología con un virtuoso maestro; se dedicaba á la carrera de la enseñanza, profundizando y ampliando sus conocimientos de humanista; y todavía, se daba tiempo para cultivar las buenas letras en repetidos trabajos literarios en prosa y en verso, forma, esta última, para la cual mostraba una rara facilidad.

Formó parte, entre otras, de la sociedad literaria conocida con el nombre de *Círculo de colaboradores de* La Estrella de Chile, en cuyo periódico publicó numerosas composiciones, ya de seria, ya de amena literatura, ocultando su nombre en la oscuridad de los seudónimos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En ese mismo tiempo perteneció á la laboriosa *Comisión Visitadora de Escuelas*, que tan buenos recuerdos dejó en los anales de la inspección escolar de Santiago, y á la *Sociedad de Escuelas de Santo Tomás de Aquino*, acreditando así su dedicación al servicio de la instrucción popular. La institución de caridad denominada *Conferencia de San Vicente de Paul* le contaba entre sus socios abnegados desde 1869.

En noviembre de 1875 obtuvo su título de abogado ante la Corte de Apelaciones, después de un examen prolijo rendido ante una comisión de abogados, presidida por el señor don Jovino Novoa, que, al expedir su informe, se expresó en términos honoríficos respecto de la preparación del candidato.

Desde entonces y con la contracción que su salud le permitía, continuó el señor Aguirre Vargas en el estudio de algunos ramos de la profesión, entre los cuales parecía profesar una especial predilección por el Código Civil y la Economía Política, la cual cultivó en los libros que eía y en trabajos concienzudos, orales ó escritos, en una sociedad que con ese objeto se había formado bajo la presidencia y dirección de don Zorobabel Rodríguez.

La enseñanza en los colegios siguió constituyendo uno de sus trabajos favoritos, que le proporcionaba aquel goce especial de los que miran en ella un santo y abnegado sacerdocio. Llegó á poseer así, y con la profundización de sus estudios, una competencia especial en el latín, la gramática castellana, la historia y la literatura, ramos de que también fué examinador en las comisiones universitarias designadas anualmente por el Consejo de Instrucción Pública para los colegios particulares.

Prosiguiendo con tenacidad sus estudios legales, y habiendo alcanzado una preparación acabada en el Derecho Civil, solicitó en 1885 una clase extraordinaria de este

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ramo en la Universidad, que le fué concedida después de una brillante prueba, cuya parte escrita, una disertación sobre la prelación de créditos, mereció el honor de ser mandada publicar en los ANALES de aquella corporación, á solicitud de la misma junta examinadora.

El señor Aguirre Vargas era un pensador distinguido y un escritor que honra á la literatura jurídica de Chile. En sus trabajos se encuentra, en un estilo fácil, la idea desarrollada con nitidez y profundidad, completa, nueva y práctica.

Es notable su memoria para optar á la licenciatura en leyes, que versó sobre la rescisión de la compra-venta por falta de pago del precio, y que fué también mandada publicar en la revista universitaria. Y era su espíritu tan inclinado á las labores jurídicas, que ni las tareas de su profesión, ni la ya muy quebrantada salud, impidieron que se consagrase con empeño durante los últimos meses de su vida á la elaboración de un largo estudio sobre las asignaciones alimenticias forzosas y la porción conyugal, que dejó muy adelantada y que contiene doctrinas enteramente nuevas é interpretaciones inamovibles de numerosos artículos oscuros ó mal aplicados de nuestro Código Civil. La materia de la porción conyugal ha sido tratada en un punto de vista contrario al del trabajo del señor don José Clemente Fabres y conforme á las opiniones del autor del Código Civil y á la redacción del Proyecto primitivo.

Ha dejado también escrito un trabajo sobre la posesión adquisitiva de dominio, en que se estudia especialmente lo relativo á la posesión inscrita y no inscrita de los inmuebles.

El señor Aguirre Vargas publicó en esta REVISTA, en el número 7 del presente tomo, un artículo sobre compensación de alimentos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Su buena voluntad para con la REVISTA y su entusiasmo por las publicaciones jurídicas le indujeron á ofrecernos, uno de los primeros, todos sus trabajos inéditos para la formación de un tomo de la *Biblioteca* que hemos iniciado, idea que aplaudió con calor y á la cual vaticinó un porvenir feliz.

En los últimos meses se ocupaba en dar la última mano á sus trabajos con tal objeto. Esta Dirección tiene á honra declarar que la voluntad del señor Aguirre Vargas se cumplirá en cuanto de ella dependa, y se asocia sinceramente al dolor general que ha producido su fallecimiento.

No concluiremos este modesto homenaje tributado á uno de nuestros abogados y escritores más íntegros, ilustrados y beneméritos, sin ceder la palabra, acerca del carácter moral y de los últimos momentos del señor Aguirre Vargas, á un estimable colega que íntimamente le conociera y amara.

«En efecto, dice, los que conocieron de cerca á Carlos Aguirre Vargas supieron también que lo caracterizaba, como un reflejo de su modestia, una resignación admirable, una reserva que llegaba hasta el extremo de no manifestar jamás sus propios sufrimientos. Nunca se le oyó quejarse, ni aun del martirio prolongado de su enfermedad; nunca se le oyó una palabra que traicionara oculta irritación; nunca se le vió un gesto, un ademán que no se avinieran con la dulzura, la tranquilidad y la circunspección más constantes.

»Así murió: sereno, valeroso, sin una vacilación, sin inquietud, sin una señal de tristeza ó de amargura por el brusco corte que la muerte venía á dar á vínculos tan caros y tan estrechos, como los de un hogar ardiente de afecciones y como los que debían unirlo á risueñas esperanzas de un porvenir ya asegurado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

«Carlos Aguirre Vargas, de pureza inmaculada en sus costumbres, trabajador infatigable, sólo conoció en la última hora la proximidad de su fin; pero esa última hora, conforme á su carácter y á sus virtudes, fué la de un cristiano y de un filósofo: dió las postreras lecciones de su palabra y de su ejemplo, y partió como á un viaje de placer...»

E. C. L.

EL NOMBRAMIENTO DE LOS JUECES

Se discute actualmente en Chile un cuestión de la mayor gravedad.

Me refiero al modo como han de ser nombrados los individuos á quienes se confíe el desempeño de los cargos judiciales.

Me parece excusado detenerme á manifestar cuánto importa, para garantir la libertad civil y aun la política, la acertada designación de los que ejercen la magistratura.

También sería completamente inoportuno en esta ocasión entrar á discurrir y disertar sobre los diversos sistemas de nombrar los funcionarios judiciales que se han inventado, ó que podrían imaginarse.

Tenemos que someternos en esta materia, como en otras, á lo que se halla determinado por nuestra Constitución.

Según el número 2 del artículo 104 de la Constitución vigente, promulgada el 25 de mayo de 1833, el Consejo de Estado «debe presentar al Presidente de la República en las vacantes de jueces letrados de primera instancia y miembros de los tribunales superiores de justicia, los individuos que juzgue más idóneos, previas las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

propuestas del tribunal superior que designe la ley, y en la forma que ella ordene.»

La disposición precedente modificó lo mandado acerca de este punto por la Constitución de 1828, según la cual, los miembros de la Corte Suprema eran nombrados por las dos Cámaras reunidas; los de las Cortes de Apelaciones, por el Presidente de la República á propuesta en terna de la Corte Suprema; y los jueces letrados de primera instancia, por el mismo Presidente, á propuesta en terna de la respectiva asamblea provincial.

Á pesar de que el número 2, artículo 104 de la Constitución de 1833, aseguraba al Presidente de la República en el nombramiento de los jueces una intervención mucho mayor y más eficaz que la concedida por la Constitución de 1828, la nueva disposición quedó letra muerta hasta que, con fecha 30 de diciembre de 1842, se dictó la correspondiente ley complementaria, la cual, lejos de obedecer el precepto del número 2, artículo 104, no hizo sino anularlo ó burlarlo.

La ley mencionada ordenó que las dos Cortes existentes á la sazón propusiesen cada año los jueces y abogados que se hubiesen distinguido en el ejercicio de sus funciones, y que fueran idóneos para ser jueces de letras, fiscales y miembros de la Corte de Apelaciones y de la Corte Suprema.

En cada vacante, el Consejo de Estado debía proponer al Presidente de la República una terna de individuos comprendidos en aquella lista.

Si la ley de 1842 se hubiera limitado á estas disposiciones, no habría contrariado el espíritu y la letra del número 2, artículo 104; pero, por desgracia, así como la Constitución de 1833 fué en esta parte menos liberal que la de 1828, dicha ley lo fué mucho menos que la Constitución de 1833.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El Consejo de Estado, según esta ley, podía presentar para un empleo judicial al individuo que las Cortes hubieran recomendado para otro.

Podía, además, presentar para ese objeto á cualquier persona que, poseyendo las cualidades exigidas por las leyes, no fuera propuesta por las Cortes, con tal que el Consejo lo acordase por una mayoría de dos tercios.

No se olvide que los Ministros del Despacho eran en aquel tiempo miembros del Consejo.

Bastaban estas dos disposiciones para que la lista anual fuera poco menos que inútil.

Habría sido más digno y más franco declarar que el nombramiento de los jueces era exclusivo del Presidente de la República.

Sin embargo, este pésimo sistema duró hasta que la Ley de 15 de octubre de 1875 tributó mayor acatamiento al precepto constitucional, aunque sin respetarlo cuanto hubiera debido hacerlo.

Se conocen los procedimientos que ella establece para la designación de los jueces.

Esa Ley, en vez de limitar el número de individuos que pueden incluirse en las listas anuales, como debió hacerlo para garantir el acierto en los nombramientos, trató de que fuera el mayor posible.

Así dejó al arbitrio de cada Corte de Apelaciones el que pusiera en su lista los nombres, no sólo de los jueces y abogados que residiesen en el respectivo distrito jurisdiccional, sino de los que perteneciesen á los otros.

De este modo ha sucedido que cuando un juez ó un abogado desespera de que la Corte correspondiente le dé colocación en su lista, se empeña en obtenerla de otras.

Entiendo que no faltan ejemplos de que, por este ma-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nejo, un pretendiente haya conseguido el cargo de juez letrado.

Lo más curioso es que, á causa del mal combinado mecanismo que dejo descrito, las listas anuales pecan tanto por lo largas como por lo incompletas.

Tratándose de categorías generales, sería chocante que las Cortes fuesen á recomendar para ser colocadas en una de ellas á las personas que ya lo están.

No pueden, verbigracia, proponer para jueces de letras á los que ya son jueces de letras, ó para miembros de Corte de Apelaciones, á los que ya son miembros de Cortes de Apelaciones.

Por esto no han acostumbrado hacerlo.

Dado este antecedente, se concibe sin dificultad que, cuando un juez letrado es transladado de un departamento á otro, ó cuando un juez superior es transladado de una Corte de Apelaciones á otra de igual clase, no se procede, en rigor de verdad, con entera sujeción á la Ley y la Constitución, excepto si los agraciados están propuestos para un cargo judicial de mayor categoría.

En tales casos, el Consejo de Estado incluye en su terna el nombre de una persona á quien falta uno de los requisitos constitucionales que debe poseer, y el Presidente de la República nombra juez á una persona á quien constitucionalmente no podía nombrar tal.

Mientras tanto, lo expuesto es algo que se ejecuta con la mayor frecuencia.

La práctica por la cual los jueces letrados son transladados de un departamento á otro, aun cuando sus nombres no aparezcan en las listas anuales de las Cortes, se ha observado siempre.

Está muy distante de mí el propósito de sostener que un juez letrado no pueda ser transladado de un juzgado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de segunda clase á otro de primera, ó de uno de primera á uno de segunda (porque puede haber circunstancias en que esto mismo le convenga), sin que se halle recomendado para juez de Corte.

Un juez letrado puede ser apto para ejercer las funciones de tal sin que, en concepto de las Cortes, haya adquirido aún títulos para tener asiento en alguna de ellas.

Por otra parte, no puede recomendarse en abstracto ó en general para juez de letras á una persona que ya está desempeñando un empleo de esta clase.

Tampoco puede condenarse á un juez letrado á no mejorar de situación, á permanecer quizá en una aldea miserable, sin más motivo que el de considerársele apto para su cargo, pero no para el de vocal de Corte.

Éste es el lugar de contestar á una objeción que quizá pudiera formularse así:—No todos los jueces letrados serían aptos para el desempeño de cualquier juzgado; en consecuencia, las Cortes deben incluir en las listas anuales los nombres de aquéllos que lo son.

Un procedimiento semejante podría emplearse sin inconveniente cuando se trata de presentar un número limitado de candidatos para proveer una vacante dada; pero no cuando se trata de formar listas generales.

En este segundo caso, la omisión de un *juez letrado* en la lista de los que pueden ser *jueces letrados*, significaría para el público la declaración de que un individuo no es apto para el empleo que está desempeñando.

Eso sería desprestigiarle.

Eso sería imponerle una pena muy severa sin formación de causa.

Éstos son los fundamentos que han originado la práctica de no incluir en las listas anuales los nombres de los jueces letrados en ejercicio, á que me refiero.

Sin embargo, preciso es reconocer que ella no se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

conforma estrictamente á la letra y al espíritu de la Ley y de la Constitución, y que puede traer malas consecuencias desde que suprime la garantía de la intervención de las Cortes en la mejora de la condición de la mayoría de los jueces letrados.

La Ley de 15 de octubre de 1875 comete una infracción constitucional flagrante, cuando, en el artículo 123, autoriza al Presidente de la República para nombrar, sin propuesta del Consejo de Estado y por un término que no pase de cuatro meses, los jueces de letras interinos y suplentes.

Y esto es tanto más grave, cuanto que algunos de los jueces de esta clase han sido, precisamente, muy tildados de procedimientos electorales vituperables.

Es urgente, y no difícil, fijar reglas que, ajustándose al precepto constitucional en esta materia, precavan la repetición de tamaños abusos y escándalos.

Lo expuesto manifiesta que, aun cuando se deseara conservar el plan de la Ley de 1875, habría que revisar ó modificar varias de sus disposiciones.

Una Comisión del Senado, compuesta de los señores don Manuel Recabarren, don Adolfo Ibáñez y don Luis Aldunate, ha querido, guiada por las más generosas y patrióticas aspiraciones, poner término á un estado de cosas que no corresponde á nuestros adelantamientos políticos, y ha presentado para ello, con fecha 16 de agosto último, una modificación de lo vigente en cuanto al nombramiento de los magistrados.

Como este proyecto es ya muy conocido, y como ha sido muy dilucidado, tanto en el Senado como principalmente en la prensa, creo excusado discurrir sobre aquellas de sus disposiciones á que no se han dirigido observaciones, ó sobre aquéllas que, á mi juicio, reclamarían sólo modificaciones de detalle.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Deseo, pues, llamar la atención únicamente sobre lo sustancial.

Cada Corte de Apelaciones debería continuar formando anualmente listas de los jueces y abogados que fuesen idóneos para desempeñar las distintas magistraturas.

Se recordará que, según la ley vigente, esas listas comprenden sólo tres categorías: la de los individuos que pueden ser miembros de la Corte Suprema, la de los que pueden ser miembros de Corte de Apelaciones, y la de los que pueden ser jueces letrados, ó promotores fiscales, ó defensores públicos.

Don Jorge Huneeus, como Ministro de Justicia, presentó al Senado en 7 de julio de 1879, un proyecto de ley para que esas listas, en vez de sólo tres categorías, comprendiesen por separado cinco, dividiendo, al efecto, en tres la última.

La Comisión del Senado destina una sexta categoría separada para los que pueden ser fiscales de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones.

La multiplicación de las categorías tiende á asegurar la idoneidad de los nombrados y á restringir la arbitrariedad del Presidente de la República.

La Comisión del Senado ha aceptado otra idea mucho más importante, que el señor Huneeus emitió el año 1880 en *La Constitución ante el Congreso*, tomo 2, página 64.

Esa idea es la de que las propuestas de las Cortes para la provisión de las magistraturas han de hacerse, no de una manera general, por medio de largas listas ó matrículas; sino determinadamente en cada vacante, por medio de una lista que contenga pocos nombres.

Hé aquí cómo el señor Huneeus se expresa:

"Es indudable que la competencia, para ser bien y discretamente calificada, debiera serlo por el Tribunal Superior en cada caso particular, y con relación al cargo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

especial que va á proveerse. Todo lo demás conduce á establecer garantías ilusorias, y no nos parece que éste haya sido el objeto de la Constitución al disponer lo que preceptúa la parte 2.ª de su artículo 104.»

Si, en vez de formar listas particulares de candidatos para cada vacante, como el señor Huneeus lo indica, se forman listas generales para todas las vacantes que puedan ocurrir en un año; éstas, por necesidad, tienen que ser muy largas, pues es imposible prever cuántos de los individuos que en ellas figuran aceptarán ó no tal cargo judicial; y siendo las listas largas, se convierten en formalidad ilusoria que no da garantías, ó que sólo da muy pocas.

La Comisión del Senado ha concebido, para realizar la idea del señor Huneeus, la formación de un tribunal especial, que se compondría de los miembros de la Corte Suprema, de su fiscal y de los presidentes y de los fiscales de las dos Salas en que la Corte de Apelaciones de Santiago se encuentra dividida.

Siempre que hubiera de proveerse una vacante, este tribunal elegiría, á mayoría absoluta de sufragios, un número restringido de individuos (la Comisión propone seis) en las categorías respectivas de las listas anuales formadas previamente por las Cortes de Apelaciones.

El Consejo de Estado formaría su terna en vista de la lista pasada por este tribunal especial.

El Presidente de la República nombraría para la magistratura vacante á una de las tres personas presentadas por el Consejo.

De esta manera concurrirían diversas corporaciones á la designación de cada funcionario judicial.

No se comprende cómo una combinación semejante podría no llevar á un resultado, si no el más perfecto, por lo ménos, relativamente satisfactorio.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Lo único que se ha aducido contra este sistema, es el riesgo de que se creara una casta judicial que imperara sobre el resto de la nación.

Sin embargo, si se persistiera en este temor que puede reputarse quimérico; y si continuara siendo obstáculo para llevar á cabo una de las más provechosas reformas que necesitamos acometer, podría tocarse más de un arbitrio eficacísimo para salvar el inconveniente.

Voy á proponer uno, y voy á proponerlo con tanta más confianza, cuanto que ha sido sostenido por uno de los más sensatos publicistas de este siglo, y cuanto que es practicado por uno de los pueblos mejor constituídos del mundo.

Mr. Prévost-Paradol, en su interesante obra *La France Nouvelle*, escribe lo que va á leerse:

«No hay más que tres modos de nombrar los magistrados: ó bien el Poder Ejecutivo es el que los escoge, y puede recompensar á su antojo sus servicios, ascendiéndolos en su carrera; ó bien el pueblo es el que los elige, con condiciones que varían según los tiempos y los lugares; ó bien el nombramiento y el ascenso de ellos se hacen según cierta manera intermedia en la cual la propuesta y el nombramiento están unidos y combinados.»

Mr. Prévost-Paradol manifiesta los gravísimos inconvenientes de los primeros sistemas.

En seguida, expone lo que copio á continuación.

«El tercer sistema se usa ya en Francia para otros cuerpos que el de la magistratura, y precisamente para ciertos cuerpos en los cuales se ha querido asegurar al mismo tiempo la ilustración y la independencia. El colegio de Francia y nuestras facultades universitarias no renuevan su personal ni por la elección pura y simple, como el Instituto, ni por la designación arbitraria del Poder Ejecutivo, como nuestra magistratura: lo hacen

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

combinando los dos sistemas, y presentan al Poder Ejecutivo, en cada una de las vacantes que ocurren, un número muy restringido de candidatos, entre quienes el ministro, investido del derecho de nombrar definitivamente, se halla obligado á escoger. Esta excelente asociación de la propuesta y de la elección, parece adaptarse mejor que cualquiera otro sistema á las condiciones exigidas por una acertada designación de los magistrados. Este sistema puede ensancharse si se teme que el espíritu de cuerpo, que suele ser demasiado exclusivista, haga que las presentaciones tiendan á ser de círculo. ¿Por qué, verbigracia, no asociar ciertas asambleas electivas, y, por lo tanto, variables en su composición y en su espíritu, á los cuerpos judiciales para conferir á los unos y á los otros el derecho de presentación? Así se abriría una ancha puerta al mérito, tomando precauciones útiles contra los inconvenientes eventuales del espíritu de cuerpo... .....

Hay muchos modos de arreglar y combinar la acción de los cuerpos electivos con la acción de los cuerpos judiciales para que los unos y los otros presenten al Poder Ejecutivo un número muy limitado de candidatos entre quienes el ministro debe elegir, bajo su responsabilidad ante las Cámaras, los individuos de los distintos grados en la magistratura.

.....

"Este sistema de nombramientos judiciales por medio de propuestas limitadas entre las cuales el Poder Ejecutivo escoge, es tan practicable, y se ocurre tan naturalmente cuando se quiere asegurar la independencia de nuestra magistratura sin destruir los caractéres generales de nuestra organización judicial, que la Bélgica, deseosa, tanto de conservar esta organización, como de adaptarla á las nobles exigencias de una constitución

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

liberal, ha recurrido á él, y lo aplica todos los días con tanta facilidad, como ventaja. Es sorpendente que hayan pasado años sin que fijemos la atención en este instructivo ejemplo, y sin que el espectáculo de nuestras propias leyes, así corregidas y enmendadas, haya influído sobre nosotros. Éste, entre otros, es un indicio manifiesto de nuestra ineptitud para las reformas, la cual forma, desgraciadamente, juego con nuestra facilidad para hacer revoluciones.»

Pues bien, aplicando á Chile la precedente doctrina del publicista francés, nada impediría que, para apartar hasta la más tenue sombra del fantasma del despotismo judicial con que se quiere infundir susto, la Corte Suprema, cuando hubiera de presentar candidatos en cada caso de vacante, se completara, no sólo con los presidentes y fiscales de las dos Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, como la Comisión del Senado lo propone, sino también con tres diputados y tres senadores elegidos por voto acumulativo al abrirse cada nuevo Congreso.

Tal arreglo se ajusta, por lo demás, perfectamente á la disposición constitucional del artículo 104, que deja á la ley la organización del tribunal encargado de hacer las propuestas de candidatos judiciales.

Si se aceptara, no sería cuerdo insistir en los peligros del espíritu de cuerpo y de bandería.

Es preciso también no olvidar que ni el sistema indicado, ni cualquiera otro, tienen una vitalidad propia é independiente.

Si la experiencia manifestara que su aplicación traía malos resultados, los poderes soberanos de la República, ó lo modificarían, ó lo reemplazarían por otro, como lo ejecutan con todas las instituciones defectuosas.

MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

NOTAS EDITORIALES

ORDENANZAS DE LA ARMADA ESPAÑOLA VIGENTES EN CHILE EN 1810.—De una interesante nota pasada por el Fiscal de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago al Ministerio de Marina en 11 de noviembre último, y de una consulta absuelta por el Ministerio de Marina de Madrid (1), extractamos los datos referentes á esta materia.

Se ha creído generalmente que las Ordenanzas que regían en la Armada española en 1810, eran las llamadas de Grandallana, sin duda por ser las de fecha más próxima á la de nuestra emancipación política, y porque en una nota escrita al pie de la ley 14, título 7.º, libro 6.º de la Novísima Recopilación se habla de ellas y se cita la real cédula de 18 de septiembre de 1802 que las comprende.

Aunque el supremo decreto directorial de 27 de julio de 1824 las puso aquí en vigor, y, adicionalmente, las de 1793, ese decreto no se promulgó, y no adquirió, por defecto de ese esencial requisito, la fuerza de ley que habría tenido.

De aquí las dudas acerca de un punto de importancia en la legislación chilena. Ellas han sido salvadas por el Ministerio de Marina de España, que ha formulado las siguientes declaraciones:

"1.º Que el mencionado año de 1810 estaban vigentes en España las Ordenanzas navales de 1748 en la parte relativa á consejos de guerra y procedimientos militares; las de arsenales de 1776, en lo que hacía al régimen militar y económico de dichos establecimientos; la llamada

(1) DIARIO OFICIAL, 15 de noviembre de 1886.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de matrículas de 1802, en lo que á la organización de las mismas se refería, y, finalmente, las generales de la Armada de 1793 para todos los demás servicios de nuestra marina militar.

"2.º Que respecto á las conocidas con el nombre de Grandallana, sólo rigieron en lo que hacía al servicio de los bajeles de S. M. desde 1.º de julio del año de 1803 hasta 21 de octubre de 1806, en que se suspendió su observancia."

PROYECTO DE ORDENANZA GENERAL DE LA ARMADA. —Con fecha 25 de noviembre próximo pasado, el Supremo Gobierno, considerando que las Ordenanzas de la Armada vigentes son de una época muy antigua, y no están en armonía ni con el personal, ni con el material, ni con las exigencias actuales del servicio, ha nombrado una comisión compuesta del contra-almirante don Juan Williams Rebolledo, de los capitanes de navío graduados don Luis A. Castillo y don Javier Molinas, y de los abogados don Leopoldo Urrutia y don Manuel Salas Lavaqui, y que será presidida por el Ministro de Marina, con el fin de que redacte una nueva Ordenanza General de la Armada en armonía con los progresos del ramo y exigencias del servicio.

PROYECTO DE ORDENANZA GENERAL DEL EJÉRCITO. —Por decreto de la misma fecha, el Supremo Gobierno ha nombrado una comisión encargada de redactar un proyecto de Código Militar, la cual será presidida por el Ministerio de la Guerra, y compuesta del general don Cornelio Saavedra, de los coroneles don José Antonio Varas y don Manuel Bulnes, de los abogados don Julio Zegers y don Manuel Rengifo, auditor de guerra, y del oficial mayor del Ministerio de la Guerra, don Nicolás

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Peña Vicuña, (hoy Ministro de este departamento); para lo cual se han tenido en vista las siguientes consideraciones:

"Que la Ordenanza general del Ejército, vigente desde 1839, exige ya una reforma radical que la ponga en armonía con el resto de nuestra legislación y con las necesidades actuales del servicio militar;

"Que muchas de sus prescripciones han caído en desuso por ser inaplicables á la organización actual de la fuerza militar y aun al grado de cultura á que ha llegado el país;

"Que la expresada Ordenanza contiene disposiciones en abierta contradicción con las leyes generales vigentes y con prescripciones terminantes de la Constitución; y

"Que las exigencias del servicio han obligado á dictar en el medio siglo trascurrido desde que la Ordenanza fue puesta en vigencia, diversas disposiciones legales ó gubernativas contradictorias que hacen confusa su aplicación y quitan á las leyes militares la claridad y precisión que su naturaleza y forma de aplicación requieren."

Proyecto de Código de Enjuiciamiento Criminal. —Aunque del discurso presidencial del 1.º de junio podía deducirse que estaba ya nombrado el jurisconsulto que había de suceder á don José Bernardo Lira en la redacción de este proyecto, sólo el 8 de noviembre se ha dictado el decreto que la encarga á don Domingo Santa María.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

COMENTARIO DEL TÍTULO PRELIMINAR Y DEL Título Primero del Libro Primreo del Código de Comercio.

(Continuación)

Idéntico criterio debe emplearse para apreciar otra operación, tanto ó más frecuente en la agricultura de este país, que el engorde de animales, y respecto de la cual podrían originarse las mismas dificultades, porque se encuentra á veces en una situación análoga. El agricultor compra trigo para sembrarlo en un fundo dedicado á este solo cultivo. La venta de la cosecha ¿será un acto mercantil? Ha comprado para vender en otra forma, realizando al mismo tiempo, á título oneroso y con el propósito de especular, una operación principal, la única en que consiste su explotación agrícola. Á pesar de la similitud de esta operación con los actos mercantiles, no vacilamos en afirmar que en el caso de que se trata se habrá ejecutado sólo un acto de una industria no comercial. Ya accesoria, ya principal, dicha operación corresponde evidentemente á negocios que sólo revisten la índole de las explotaciones agrícolas. Pensamos que sobre este punto no se ha suscitado ni suscitará controversia; y por lo mismo nos parece que, cuando se venden gordos los ganados que se han comprado flacos, se realiza un acto que puede ser en muchos conceptos distinto del anterior, pero que es idéntico á él en cuanto pertenece á una negociación agrícola.

Si el agricultor, en lugar de destinar los pastos de su

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

fundo al engorde de animales que ha comprado para revender, los consume en alimentar ganados ajenos mediante cierto precio, es incuestionable que no habrá procedido mercantilmente, aunque el fundo no tenga otro género de explotación. Este contrato, aunque no sea una operación accesoria, no dejará de ser un acto exclusivamente agrícola. Engordando ganados ajenos no realizaría una especulación de comercio: ¿por qué la realizaría al engordar y vender los propios?

De todos modos, siendo conocida la historia fidedigna del establecimiento de la ley, y constando de ella que la compra de ganados hecha por un agricultor para revenderlos no es un acto mercantil, no puede ser permitida ninguna duda acerca de la inteligencia del precepto. Debe entenderse que, al efectuar esta operación, el agricultor ejecuta un acto civil, sin hacer distinciones entre lo principal y lo accesorio. Seguramente esta inteligencia es la más racional, la más conforme á la naturaleza del acto que examinamos, que puede presentar ciertos puntos de analogía con una operación de comercio, sin serlo en ningún caso.

Por otra parte, todas las operaciones accesorias de una industria no comercial deben participar de la naturaleza de esta industria, del mismo modo que las operaciones accesorias del comercio no pueden dejar de ser mercantiles. Para el establecimiento de esta segunda regla no necesitó el Legislador de disposición especial; ella se desprende del contexto de las disposiciones del Código. Como ya lo hemos dicho, no fué indispensable que se dijera, por ejemplo, que la compra de las máquinas y útiles necesarios á la marcha de una fábrica ó manufactura, era acto de comercio, aunque la compra fuese hecha sin ánimo de vender, y sólo para emplear las especies, y consumirlas con su uso. Tratándose de actos accesorios

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de una industria mercantil, la regla que debe regirlos se deducía naturalmente de la misma naturaleza especial de esos actos. Igual procedimiento, aplicado á las operaciones accesorias de industrias no comerciales, debía producir los mismos resultados.

Es oportuno dilucidar ahora otra cuestión que tiene muchos puntos de contacto con la precedente y que puede parecer á primera vista que se confunde con ella, pero que, en realidad, ofrece al estudio un caso jurídico diverso. Nos referimos á la que puede producirse á consecuencia del hecho que vamos á citar, que se repite frecuentemente, y de los que guardan analogía con él. Y nos valemos de un ejemplo, para que, tomando nuestra idea forma tangible, pueda ser más fácilmente apreciada. Un especulador trae ganados de la República Argentina para negociar con ellos. Al venderlos en Chile ¿habrá ejecutado un acto de comercio?

Para llegar más clara y fácilmente á resolver este problema, parécenos necesario hacer una distinción. Ó el que pretende especular es el mismo agricultor que ha criado los ganados, ó es un tercero que los ha adquirido para venderlos en un mercado distinto. En este segundo caso la solución es sencillísima: la da el primer inciso del número que estudiamos, el cual califica de acto mercantil la compra de cosas muebles hecha con ánimo de venderlas. No puede haber á este respecto duda ni vacilación de ningún género. Cualquiera que sea la clase de las cosas muebles que han constituido el objeto de la compra, ya se trate de semovientes ó no, siempre que dicha compra haya sido contratada como un paso previo para una venta subsiguiente, la índole del acto de comercio se presenta con toda claridad, sin que contribuya á perturbarla ni oscurecerla la intervención de las operaciones de una industria diversa, ya que en este caso el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

especulador no se ha propuesto realizar ninguna operación agrícola. Se trata de un negocio completamente independiente de la explotación de un fundo, y que sólo se relacionará con ella en cuanto el especulador necesite alimentar sus ganados.

Pongámonos ahora en el caso de que sea el agricultor quien, en busca de mejores mercados, transporta á grandes distancias sus animales con el fin de venderlos. Al llevar á cabo este propósito ¿habrá ejecutado un acto de comercio? Nuestra contestación tiene que ser afirmativa, exactamente igual á la que hemos dado en el ejemplo anterior. Pensamos que, al vender en esta forma sus ganados, ha procedido el agricultor mercantilmente. No es necesario para ello que haya abandonado su profesión agrícola para convertirse en comerciante; como agricultor ha podido ejecutar actos que revistan accidentalmente carácter mercantil. Por medio de la venta no ha continuado las operaciones de su explotación agrícola, sino que ha celebrado un contrato completamente separado de esa explotación. Para los efectos jurídicos que analizamos, la situación de este agricultor es igual á la del que convierte la producción de sus viñedos en vinos y los vende después envasijados en una plaza comercial, estableciendo en ella un almacén de licores. Las ventas hechas en este almacén serán indudablemente mercantiles. Enajenados los vinos en el fundo, no habría hecho el agricultor más que continuar su especulación agrícola, del mismo modo que con la venta de sus trigos ó de sus pastos (1).

Es, pues, manifiesto que la separación de los productos

(1) Aunque se ha resuelto por sentencia de término que la venta hecha por un agricultor de los licores, producto de sus viñedos, es un contrato mercantil, esta resolución no puede formar doctrina, porque es evidente que carece de fundamento en los principios sancionados por el Código.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

agrícolas del lugar en donde se exploten para especular independientemente con ellos, tiene una influencia decisiva en la naturaleza de los actos que á su respecto se ejecuten, de tal modo que los que serían civiles sin esa separación, pasan á ser comerciales con ella.

En un país esencialmente agrícola, como Chile, que recibe grandes masas de ganados y que también los exporta, la cuestión jurídica que examinamos no carece de interés y puede suscitarse en frecuentes casos prácticos. Los agricultores de las provincias australes ó del centro conducen en naves sus ganados á Antofagasta, Iquique, Arica, y los venden en estos puertos. Esta venta será, sin duda alguna, comercial. No forma ya parte de una explotación agrícola, de la cual han sido separados los animales para servir de materia á una verdadera especulación mercantil.

Las reflexiones que nos ha sugerido el examen del número 1.º son extensivas á la compra-venta y á la permuta, y principalmente á la compra-venta. Respecto de la permuta de cosas muebles, sólo incumbe observar que en nuestras costumbres mercantiles es un contrato tan poco común, como es frecuente la compra-venta; y siendo aquélla un contrato en que las partes se obligan á dar mutuamente una especie ó cuerpo cierto por otro (1), es natural que en virtud de esta equivalencia en los valores que se traspasan, si es mercantil la permuta para el uno de los contratantes, lo sea también para el otro. El propósito de especulación, que es la base del comercio, se ha de ejercitar ordinariamente en la adquisición de cierta cantidad de cosas muebles, superior á la que por lo regular demande el consumo. Por esta causa, existiendo en una de las partes el ánimo de especulación mercantil, lo

(1) Art. 1897 del Código Civil.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que es inevitable para que pueda existir un acto de comercio, es difícil que no exista también el mismo ánimo en la otra. Es, por lo demás, corriente que los comerciantes, que venden al consumidor, sólo aspiren á enajenar sus efectos por el pago de su valor en dinero, y es lo que acontece generalmente en todas las transacciones del comercio, salvas pocas excepciones.

No terminaremos el comentario de este número sin rectificar un juicio emitido en nuestra primera publicación. «Adviértase, decíamos entonces, que la compra y la permuta, clasificadas en el número 1.º de actos de comercio, han debido ser celebradas con el propósito de dar lugar á otra venta, á otra permuta, ó también á un *arrendamiento.* Luego veremos que el arrendamiento de cosas muebles, hecho con el ánimo de subarrendarlas, es también un acto de comercio (número 3.º); por consiguiente, el arrendamiento se encuentra, á los ojos de la ley, en el mismo caso que la compra y la permuta; produce operaciones mercantiles del mismo modo y por la misma causa que ellas. *Esto excusaba la redacción de un precepto especial para el arrendamiento, que pudo y debió comprenderse en el número 1.º*»

Este juicio es erróneo: el arrendamiento no cabía en la redacción dada al inciso primero de este número. Es fácil dar el fundamento de esta opinión. Si se hubiera dicho *la compra, permuta y arrendamiento de cosas muebles, hechos con ánimo de venderlas, permutarlas ó arrendarlas,* etc., se habría entendido que el arrendamiento comercial podía ser origen de una venta ó de una permuta, lo que es absolutamente inaceptable, dada la naturaleza de aquel contrato. Que la compra y la permuta puedan producir un arrendamiento, nada más natural. Lo que no se concibe legalmente es que un arrendatario pueda enajenar la cosa arrendada, de la cual es un mero

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tenedor. Por consecuencia, era necesario destinar al arrendamiento un precepto separado y especial, á menos de haber dado una forma enteramente distinta á la redacción del número 1.º

2.º Es acto de comercio *la compra de un establecimiento de comercio.*

Esta disposición es, en el Código, una novedad respecto del Derecho mercantil francés, y de todos los demás que conocemos, con la sola excepción del prusiano. el cual reputa actos de comercio, entre otras, *las obligaciones que resulten de la enajenación de un establecimiento de comercio* (d'un fond de commerce).

Es digna de atención la forma en que se halla redactado este precepto. Luego veremos, al compararla con la de nuestro Código, la observación á que esta última se presta.

El Código Francés no dispone, como acaba de expresarse, que constituya un acto mercantil la compra de un establecimiento de comercio. Estudiando sus comentadores la naturaleza de este contrato, no han estado siempre de acuerdo en sus apreciaciones, sosteniéndose por unos que dicha compra, no obstante el silencio de la ley, es un verdadero acto de comercio, y, por otros, que es un acto meramente civil.

La conveniencia de prevenir dificultades análogas en la interpretación de nuestro Código respecto de un hecho que puede ocurrir y ocurre no pocas veces en las contrataciones mercantiles, ha sido, sin duda, la causa determinante de que se consigne en aquél la disposición que vamos á examinar.

En verdad, atendida la naturaleza del acto que se ejecuta con la compra de un establecimiento de comercio, y el fin que por su medio se procura alcanzar, no encontramos fundamento á la controversia de que hemos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

hablado, y nos pronunciamos decididamente por la opinión de los que creen que la compra de un establecimiento mercantil constituye siempre un acto de comercio, opinión sustentada por la mayor y más distinguida parte de los comentadores (1), y que cuenta también generalmente en su apoyo con la jurisprudencia práctica de los tribunales franceses.

¿Por qué razon, la compra de un establecimiento de comercio no estaría comprendida en la de cosas muebles que reglamenta el número 1.º? Si es cierto que la compra y la permuta de bienes raíces no son actos de comercio, no lo es ménos que un establecimiento de la clase del designado en este número ha de contener generalmente cosas muebles adquiridas por medio de compra ó permuta. Formado de esta suerte el establecimiento de comercio, que no es más que el conjunto de cosas de que se compone una negociación comercial y que facilitan su explotación, parece indudable que su compra, celebrada con el propósito exclusivo de realizar un tráfico mercantil, debe tener el mismo carácter jurídico que la compra de cosas muebles hecha con ánimo de especular. Bien se percibe que la adquisición de un establecimiento de comercio y la de cosas muebles no pueden tener entre sí sino la diferencia de que la primera abraza de ordinario una cantidad considerable de efectos, la que sea necesaria para formar una negociación completa, mientras que la segunda se propondrá, ó alimentar una especulación ya existente, ó conseguir mercaderías para ejecutar actos accidentales de comercio. Nos parece una verdad fuera de toda discusión que de esta diferencia no puede hacerse derivar un argumento en el sentido de que la una de dichas compras sea co-

(1) Se puede citar a Pardéssus, Nouguier, Massé, Orillard, Rivière, Alauzet, Namur.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mercial y civil la otra, sobre todo cuando esa diferencia en los valores comprados no estará siempre en favor del establecimiento de comercio. La observación de los hechos manifiesta que la compra puede tener por objeto un establecimiento de insignificante valor, y que se adquieren cosas muebles en cantidad considerable, sin que de esta circunstancia accidental emane un antecedente que modifique la naturaleza jurídica del contrato. Celebrado en uno y otro caso para especular, será en ambos mercantil, mucho más cuando nada obsta á que la persona que quiere poseer un establecimiento de comercio, en vez de adquirirlo ya formado, lo forme ella misma por medio de la compra de los efectos en que se propone especular. Esta compra, que no se diferencia en nada sustancial de la de un establecimiento de comercio, y que tiene el mismo fin que ella, sería única y exclusivamente mercantil. Por lo tanto, la compra de un establecimiento de comercio, considerada en este punto de vista, se halla, á nuestro entender, comprendida con toda evidencia en la letra y en el espíritu de la disposición del número 1.º

Que al comprar un establecimiento de comercio no se tenga de ordinario el propósito de venderlo en la misma forma en que se ha adquirido, sino de especular con la enajenación parcial de los efectos que contiene; que en esa compra, junto con las mercaderías, se incluyan también, á veces, la clientela y el contrato de arrendamiento del local en que funciona la negociación, no son consideraciones capaces de hacer nacer duda alguna acerca del carácter comercial del acto. Es sabido que las cosas que se adquieren con propósito de especulación mercantil, pueden ser enajenadas en la misma forma ó en otra diversa. Si la clientela forma parte de la enajenación, ha de participar de la naturaleza del negocio que le ha dado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

existencia y del cual no es sino un accesorio. Y en cuanto al contrato de arriendo, si él es un elemento jurídico relacionado con la cosa comprada, no es parte integrante de la misma, y, por lo tanto, no puede ejercer ninguna influencia en la índole propia del acto que haya servido para la adquisición.

Asimismo, no podrá sostenerse que el que compra un establecimiento de comercio no adquiere propiamente productos del suelo y mercaderías, que es lo que califica de acto mercantil la ley francesa. En realidad de verdad, cuando en virtud de una compra se obtiene el dominio de un establecimiento, no se hace otra cosa que adquirir esos mismos efectos de una manera especial.

Estas breves observaciones van encaminadas á demostrar que, si dentro del régimen de la ley francesa es insostenible que la compra de un establecimiento de comercio no revista carácter mercantil, menos fundamento tendría la misma opinión en presencia de los preceptos de nuestro Código, que ensanchó considerablemente el campo de acción en que se ejercita la función del comercio; y que, por lo mismo, puede, sin inconveniente alguno, establecerse la proposición de que la regla del número 1.º abraza toda clase de compras de efectos ó establecimientos destinados al comercio. Pronto veremos, sin embargo, que el número 2.º tiene otra significación y otro alcance, que dan una importancia especial al precepto que contiene.

Pero si la compra de un establecimiento de comercio es acto mercantil ¿lo será igualmente su venta? La circunstancia de haberse hablado de venta en el número 1.º, y de haberse guardado silencio sobre ella en el número 2.º, ¿significará que en este caso la venta no es mercantil?

Á nuestro juicio, la compra y la venta de un estable-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cimiento de comercio son de idéntica naturaleza, y pensamos que si nuestro Legislador no mencionó la venta en este número, fué sólo porque no lo creyó necesario, porque consideró que bastaba para el logro de sus fines establecer la regla con relación á la compra, para que no hubiera duda en orden á la calificación de la venta.

En la marcha ordinaria y regular de los negocios, el dueño de un establecimiento puede terminar su especulación de dos maneras. Supongamos que se trata de una tienda de mercaderías surtidas, el establecimiento más común y conocido en el comercio. Ó bien continuará el comerciante sus ventas al menudeo, sin hacer nuevas compras, hasta que con la enajenación del último resto de sus efectos ponga término á la especulación, ó bien procurará deshacerse del negocio de una sola vez, vendiéndolo en globo. ¿Será mercantil la última venta hecha en el giro ordinario? Es indudable que sí, pues está literalmente comprendida en el precepto del número 1.º, que la declara acto de comercio. ¿Por qué no lo sería la venta hecha en conjunto? No se divisa la razón. El comerciante puede enajenar sus efectos en pequeñas ó grandes cantidades, como lo estime más conveniente á sus propósitos de lucro. De uno y otro modo ejecutará actos de comercio. Al concluir la negociación en alguna de las dos formas indicadas, habrá llevado á cabo su última operación de comercio. Que haya formado su especulación por medio de diversas compras sucesivas ó por medio de una sola compra, no puede significar nada en la apreciación jurídica de esta cuestión; se concibe fácilmente que esta circunstancia no puede variar la naturaleza del acto con que ha puesto fin á las operaciones de su giro comercial. Supóngase que lo ha adquirido en globo para venderlo en la misma forma y obtener más pronto la utilidad que persigue al enajenarlo: su situa-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ción sería la misma que si enajenase las mercaderías en pequeñas porciones. La índole comercial del acto es, en ambos casos, incuestionable. Es posible, en el segundo de los casos referidos, que después de haber especulado en la negociación, y obtenido una utilidad que satisface sus aspiraciones, se desprenda de ella en conjunto. La operación es siempre esencialmente comercial, tiene todas las calidades que le imprimen este carácter. No se nos alcanza el motivo por que la última operación de un comerciante en su giro corriente no habría de considerarse como un acto de comercio; y menos se nos alcanza aún la razón que hubiera de determinar á creer que si una persona compra un establecimiento mercantil no ejecuta un acto de comercio realizando la venta del mismo, y que lo ejecutaría vendiéndolo después de haberlo formado; sin que tenga importancia alguna el número de las operaciones que se ejecuten, porque una sola operación ejecutada con propósito de lucro, será evidentemente comercial.

Si, considerada en sí misma, y con prescindencia de todo elemento extraño, la venta de un establecimiento de comercio es un acto puramente mercantil, no deja tampoco de serlo contemplada á la luz del precepto del número 2.º de este artículo, que se limitó á hablar de la compra de un establecimiento de esta especie. Este silencio en la ley, sobre la venta de un establecimiento de comercio, no tiene la significación que suele atribuírsele; sólo quiere decir que, al mencionar la compra, el Legislador entendió que se presuponía la venta, y trató de evitar una redundancia designándola.

En efecto, es digno de notarse que, al reputar actos mercantiles la disposición del número 1.º la compra hecha con ánimo de vender y la venta subsiguiente, la del número 2.º se limitara á considerar acto de comer-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cio sólo la compra de un establecimiento mercantil, sin exigir esta vez que dicha compra fuese hecha con un ánimo especial, ni que fuera seguida de ningún otro contrato. Como se ve, entre ambas disposiciones hay dos puntos sustanciales de diferencia. Pues bien, si el no mencionarse la venta en el texto de la ley significara que este contrato no es mercantil al efectuarse sobre un establecimiento de comercio, ¿podría sostenerse con el mismo argumento, deducido del silencio de la ley, que en su compra no es necesario que exista espíritu de especulación ni que el adquirente se proponga celebrar otro contrato en el establecimiento adquirido? Está de manifiesto que el texto legal no menciona ni el ánimo que haya determinado á celebrar la compra ni la venta total ó parcial que pueda seguirla; y sin embargo, nos atrevemos á afirmar, sin temor de ser por nadie contradichos, que esa compra no puede tener otro móvil ni otro fin que los propios de especulación exclusivamente comercial. Es claro que no se comprarán una tienda ó un almacén, una botica ó una droguería para consumir sus efectos. El nuevo dueño ha de proponerse naturalmente continuar el giro de su antecesor, destinando el establecimiento á los fines para que fue formado. Es evidente, en consecuencia, y se impone con la fuerza de una verdad demostrada, que el ánimo de especular con la celebración de nuevos contratos va necesariamente envuelto en la compra de un establecimiento de comercio, y por esta causa el Legislador no creyó necesario mencionarlo expresamente, como en el caso de la compra de cosas muebles, las cuales pueden ser destinadas, ya á una especulación, ya al consumo. Por el mismo motivo consideró excusado hacer mención expresa de la venta, porque es incuestionable que la enajenación parcial ó total del establecimiento ha de constituir una operación de tráfico co-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mercial del mismo carácter que la compra. Y finalmente, porque si el silencio de la ley sobre la venta de todo el establecimiento significara que esta venta no es mercantil, por el mismo motivo no deberían reputarse tampoco mercantiles las ventas parciales hechas en el giro ordinario del establecimiento comprado, puesto que la ley no hace referencia expresa á estas ventas, conclusión que debe desecharse por absurda.

Por decisivas que nos parezcan estas reflexiones, el hecho cierto es que no se atribuye por todos una misma inteligencia al precepto. «Nuestro Código, que sólo clasifica los actos mercantiles y calla sobre los que no lo son, da claramente á entender con el silencio que guarda sobre las ventas de establecimientos de comercio, que las relega todas al derecho común» (1). Se ve, pues, que lo que nos parece claro é incuestionable en un sentido, tiene, para otros criterios versados en el estudio de las mismas materias, una significación opuesta. De aquí nace la observación que insinuamos al transcribir la disposición análoga de la ley mercantil prusiana. Declarando actos de comercio las obligaciones resultantes de la enajenación de un establecimiento de comercio, esa disposición abraza expresamente la compra y la venta; y aunque, á nuestro juicio, el que compra para vender pueda conseguir este objeto realizando la enajenación como lo estime más conveniente, y ejecutando hasta con la última operación que da remate á su negocio actos de comercio, habría sido preferible la redacción de la ley prusiana, que aleja toda duda sobre el particular.

Al asegurar, en el examen del número 1.º, que los inmuebles no son extraños á las contrataciones del comercio, aun dentro de la economía del sistema adoptado por

(1) Ugarte Zentenó, *De los actos de comercio en su relación con la competencia de jurisdicción.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el Código, mencionamos, en comprobación de nuestro aserto, el número que nos ocupa. Efectivamente, si la compra de un establecimiento mercantil es acto de comercio; si, á nuestro entender, lo es también su venta, parece inconcuso que la enajenación de una fábrica ó manufactura no puede dejar de tener el mismo carácter. Las fábricas y manufacturas son establecimientos mercantiles, clasificados en la misma categoría que los almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafees y otros establecimientos semejantes (núm. 5.º). Y como es un hecho notorio que, aparte de la maquinaria y otros objetos muebles indispensables á su explotación, las fábricas y manufacturas requieren, además, casi siempre, una propiedad raíz que forma parte integrante del establecimiento, la transmisión de su dominio no podrá tener lugar sin la del inmueble en que funcionan. Las numerosas fábricas ya establecidas en nuestro suelo comprueban esta aseveración. Todas ellas exigen, casi sin excepción, un inmueble que sirva de base para su giro, inmueble que suele ser de una importancia y valor considerables. Al pasar de un poder á otro por medio de compra (prescindimos de la venta para no salir del caso indicado por la ley), tendrá que transferirse necesariamente el dominio del bien raíz en que están radicadas. El acto es mercantil, y, por lo tanto, mercantilmente se efectuará en su caso la enajenación de inmuebles.

Cualquiera que sea el motivo que determinó al Legislador á consignar este número en el artículo 3.º, ya el que hemos mencionado, ya otro distinto, lo que no admite dudas es que la compra de una fábrica ó manufactura es mercantil, y que dicha compra comprenderá casi siempre un inmueble. ¿Sería posible ni lícito, para la calificación del acto, separar el bien raíz de las cosas muebles á que está unido? Si éstas y aquél componen un

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

solo todo, y forman parte de un mismo establecimiento, esa separación ¿no sería antojadiza y arbitraria? En todo caso, ante el texto claro de la ley no es dable ninguna interpretación, ni puede ser permitido hacer distinciones que estarían en abierto choque con su letra. Siendo acto de comercio la compra de una fábrica, este acto tiene que comprender todos sus componentes y accesorios.

Entendido de este modo el precepto que examinamos, él importa un progreso en nuestra legislación, porque, facilitando las transacciones, abre más campo á la actividad comercial.

Aún sin atribuirle este alcance, creemos que ha sido conveniente que se le consigne en el Código, porque evitará dificultades y dudas en la calificación de la compra-venta de un establecimiento de comercio, dificultades y dudas que, por lo menos, no existirán en su compra.

Este número no habla de la permuta, circunstancia de la cual tampoco podría derivarse un argumento para sostener que la permuta de establecimientos mercantiles no es acto de comercio y que está relegada al derecho común. Dar un establecimiento de comercio en cambio de otro no puede tener más objeto, por parte de ambos permutantes, que el de una especulación mercantil. Lo expuesto sobre la compra nos evita entrar en mayores desenvolvimientos para comprobar esta proposición, que consideramos evidente, y que refuerza la opinión relativa al carácter comercial de la venta de un establecimiento de comercio.

3.º Es acto de comercio *el arrendamiento de cosas muebles hecho con ánimo de subarrendarlas.*

Desarrollando el plan iniciado en el número 1.º res-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pecto de la compra y de la permuta, el Legislador ha establecido en el presente que no es tampoco mercantil el arrendamiento de inmuebles. No repetiremos las observaciones que antes expusimos para demostrar que la condición de los inmuebles no es incompatible con las operaciones del comercio. Bastará, por ahora, á nuestro propósito dejar sentado que esta restricción, es en el arrendamiento, aún menos aceptable y justificada que en la compra y la permuta. La escritura pública y la inscripción, indispensables en la enajenación de la propiedad raíz, son solemnidades que no requiere el arrendamiento, en el cual pueden descubrirse también, por otra parte, todos los signos que distinguen á la función mercantil, sin necesidad de que los bienes en que se ejercita sean transportables de un lugar á otro. No hay más que observar lo que acontece en nuestras dos plazas comerciales más importantes, Valparaíso y Santiago, para formarse la convicción de que el arrendamiento de la propiedad inmueble se presta á considerables transacciones. En Valparaíso, una gran parte de los fundos urbanos está destinada especialmente á satisfacer las necesidades del comercio, proporcionándole construcciones apropiadas á tiendas, almacenes, bodegas y á todo género de establecimientos mercantiles. En los barrios centrales de Santiago se nota el mismo espíritu de especulación, que toma mayor incremento cada día y se extiende del centro de la ciudad á su circunferencia. La edificación de casas para proporcionar habitaciones en arriendo es un hecho que se repite no menos frecuentemente. Es, además, común arrendar un edificio para subarrendar sus diversos departamentos.

De lo expuesto resulta que, ya se atienda á la destinación que se da á muchas construcciones, ya á la operación especial que con ellas se efectúa, los actos mer-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cantiles en materia de arrendamiento son tan evidentes como repetidos. La ley no ha debido desconocer su calidad.

Es preciso no perder de vista que el carácter mercantil del arrendamiento puede ser impreso, tanto porque se adquiera la tenencia de una cosa con el propósito de subarrendarla, que es el caso regido por el número 3.º, cuanto porque se adquiera su dominio con el ánimo de especular arrendándola, que es el caso del número 1.º. Aplicadas estas dos reglas á las operaciones que se ejecuten sobre inmuebles, opinamos que no sólo debiera ser mercantil el arrendamiento de una propiedad raíz celebrado con el fin de subarrendar los diversos departamentos de que se compone, sino también su adquisición con edificios ó sin ellos, y en esta segunda hipótesis, con el intento de construirlos, para especular del mismo modo que en el ejemplo precedente. Ahora, si la adquisición de inmuebles tiene directa y exclusivamente por objeto construir edificios para arrendarlos á establecimientos mercantiles buscando un lucro, la índole comercial del acto aparece con más evidencia todavía. Y habría sido conveniente que la ley hubiera sancionado este principio á fin de que no existiese sino una sola jurisdicción para todos los actos del comerciante en el ejercicio de su industria, y no se viera obligado, como sucede dentro del régimen vigente, á acudir á la justicia civil en demanda de la resolución de controversias íntimamente unidas á su giro mercantil.

Esta doctrina se halla confirmada en la nueva ley italiana, que hemos citado más de una vez, no ya explícitamente con su texto, sino con la historia fidedigna de su establecimiento, y con la jurisprudencia práctica de los tribunales italianos. Al ocuparse de esta materia, se expresa en estos términos el comentador de aquélla:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Hablando la ley de compra y venta de bienes inmuebles con propósito mercantil, omite lo relativo al arrendamiento y da lugar á la duda de si éste habrá de reputarse, en ciertos casos, acto de comercio. Á pesar de tal silencio no vacilamos en resolver la cuestión afirmativamente, ya resulte notoria la intención del propietario de llevar á cabo una especulación mercantil, ya intente proveer tan sólo á sus intereses particulares. Á esta interpretación conducen, por otra parte, no solamente los trabajos preparatorios del Código de Comercio, en los cuales se ha hablado del alquiler como acto mercantil, cuando se haga con propósito lucrativo, sino la razón misma de las cosas consideradas en su esencia; pues, tratándose de una simple venta de las utilidades ó del goce de sus bienes, prontamente acude la idea del lucro ó de la ganancia, y *ubi eodem juris ratio, ibi est eadem dispositio.* La jurisprudencia italiana, con muy contadas excepciones, ha aplicado la nueva ley en el sentido de estimar el contrato de alquiler de un inmueble para usos mercantiles como acto de comercio (1).

En general, son aplicables al arrendamiento, en su aspecto mercantil, las observaciones que nos ha sugerido el estudio de la compra y de la permuta, salvas las diferencias que necesariamente tiene que producir la naturaleza especial de cada uno de estos contratos. Es la principal de esas observaciones que, en el uno como en los otros contratos, para que exista índole comercial, es forzoso que el que los celebra tenga el propósito de ejecutar una nueva transacción para alcanzar una ganancia, conformándose al espíritu de lucro, inseparable del comercio. De aquí que, tanto el acto que prepara la especulación como el que la realiza, sean mercantiles. Hay

(1) Vitalevi, *Los actos de comercio en el nuevo Código Italiano.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que hacer, sin embargo, entre dichos actos la distinción de que la compra y la permuta pueden dar lugar á una venta, á una permuta y también á un arrendamiento, mientras que este último no puede originar otro arrendamiento. Desde que el arrendatario no adquiere el dominio sino sólo la tenencia de la cosa, únicamente le será lícito subarrendarla mediando, se entiende, el indispensable requisito del consentimiento del arrendador (1).

De este antecedente tiene que derivarse otra consecuencia. Será difícil que, respecto de unas mismas cosas, la operación comercial pase más allá del acto que ejecute el arrendatario por medio del subarriendo. Obtenida del dueño la facultad de celebrar esta convención, nos parece incuestionable que el subarrendatario no podrá, por su parte, ponerla en ejercicio, estando ya agotada con el uso que de ella se haya hecho en el subarriendo. Para que pudiera procederse de un modo opuesto, sería menester que el arrendador, al celebrar el contrato, hubiera concedido de una manera expresa autorización para celebrar subarriendos de subarriendos, lo que es difícil que suceda en la práctica, dado el antecedente de que en tal hipótesis, el arrendador ignoraría la persona á quien se iba á conceder la referida facultad. De donde resulta que la circulación de los valores por medio del contrato que examinamos será siempre muy limitada, aún suponiendo que el arrendamiento mercantil de cosas muebles estuviera más arraigado en nuestras costumbres.

Cuando se adquieren cosas muebles con el ánimo de especulación comercial, el dueño puede negociar con ellas dándoles la forma que crea más conducente á sus propósitos de lucro; en el arrendamiendo no tendrá el arrendatario esta facultad. Deberá restituir las cosas

(1) Artículo 1946 del Código Civil.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

arrendadas en el mismo estado en que se le entregaron, salvo el deterioro ocasionado por el uso y goce legítimos (1). Para que pudiera eximirse de esta obligación sería menester, ó que el arrendador le hubiera conferido facultad expresa para variar la forma de la cosa arrendada, ó que aquélla resultase inequívocamente de la condición especial del contrato.

Así como la compra-venta es el contrato que predomina en las contrataciones del comercio, el arrendamiento de cosas muebles es muy poco común en nuestros hábitos mercantiles. Convenía, empero, que estuviera comprendido en las disposiciones del Código, el cual se limita sólo á mencionarlo en este número, al paso que dedica á la compra-venta y permuta los títulos 2.º y 3.º del libro 2.º Atendida esta circunstancia, el arrendamiento comercial deberá ser regido únicamente por la ley civil, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.º De esta situación jurídica creada al arrendamiento fluye una consecuencia que revela cierto vacío en el Código. Según la ley civil, el arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar; regla que sólo tiene la excepción relativa al caso en que el arrendador conceda expresamente esa facultad al arrendatario. El arrendamiento mercantil será celebrado siempre con el propósito de subarrendar: entonces parece lógico y conforme á la naturaleza de este contrato que no debía hallarse, á este respecto, subordinado á la prohibición impuestá por la ley común al arrendamiento civil. Existiendo esta diferencia sustancial entre ambas especies de arrendamiento, habría convenido sancionarla en la ley, de suerte que en el arrendamiento comercial se contuviera siempre implícita la facultad de subarrendar.

(1) Artículo 1947 del Código Civil

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El arrendamiento de un establecimiento mercantil ¿será acto de comercio? Contestamos afirmativamente. La adquisición de la tenencia de un establecimiento de esta especie sólo puede ser hecha con propósitos de lucro, para ejecutar en él las operaciones comerciales á que esté destinado. No puede darse un acto en que la índole mercantil aparezca más marcada. Es cierto que se presentarán pocos casos de contratos de esta especie, como lo es, del mismo modo, que no podrá arrendarse un establecimiento cuyas operaciones se limitan á la venta de efectos, como tiendas y almacenes. Pero es evidente que no existirá esta imposibilidad respecto de otros, por ejemplo, de imprentas litográficas y tipográficas, fondas, y cafees, y otros establecimientos análogos, en que se aproveche el uso de las cosas de que están formados sin enajenarlas. En cuanto á las fábricas y manufacturas, no será mercantil el arrendamiento en lo concerniente á los inmuebles que abracen, en atención á las consideraciones apuntadas al hablar de su compra. Dado el criterio con que juzgamos la función comercial, este contrato debería tener el mismo carácter que el arriendo de cosas muebles hecho con ánimo de especular; pero creemos que el texto de la ley no autoriza esta conclusión. En el caso de arriendo de una fábrica ó manufactura, el contrato será, á nuestro juicio, comercial ó civil, según prevalezcan los valores mobiliarios ó los inmuebles, co rriendo los de menos importancia la suerte de las cosas accesorias que deben seguir la condición de las principales.

José Alfonso

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

RELACIONES RECÍPROCAS ENTRE LA PRENSA Y LA LEGISLACIÓN

(Continuación)

3. Existe, además, la ley de 14 de septiembre de 1864, cuya parte dispositiva es la que sigue:

"Art. 1.º Se declaran francos de porte los impresos, diarios ó periódicos que se envíen de un punto á otro de la República en que haya establecida comunicación por ferrocarriles ó por buques de vapor, debiendo ser conducidos con las mismas franquicias por los correos ordinarios que giren entre lugares en que aquellos vehículos no existan.

"En caso de interrumpirse la comunicación de las vías férreas ó la de la navegación á vapor, los diarios y periódicos serán conducidos gratuitamente por las mismas vías que la correspondencia epistolar.

"Art. 2.º El editor de todo diario, periódico ó revista estará obligado á publicar por una vez, en los primeros días de cada mes, la lista de cartas sobrantes del mes anterior de la oficina de correos de la ciudad donde aquellas publicaciones se impriman, siempre que le sea remitida por el jefe correspondiente."

CONSTRUCCIONES DE CAMINOS.—El supremo decreto de 7 de mayo de 1878 determina en su artículo 11 lo siguiente:

"El intendente y los gobernadores respectivos pedirán propuestas con veinte días de anticipación para las obras que hayan de ejecutarse en los departamentos de su inmediato mando, publicando avisos en los periódicos de los propios departamentos, y en donde no los hubie-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

re, en periódicos de la capital de la provincia, sin perjuicio, en este caso, de fijar también carteles en lugares públicos.»

Ley de policía de ferrocarriles.—Dispone en su artículo 57, que se avise por el periódico oficial y en tres veces, con un intervalo de treinta días, la existencia y depósito de los objetos olvidados en los carros ó salas de espera, los que hubieren caído á la vía al paso de los trenes, y todos aquellos cuyo dueño, remitente ó consignatario se ignore. Si trascurrido un año después del último aviso, nadie se presentare á reclamarlos, se pondrán á disposición del intendente de la provincia para que se proceda á enajenarlos en subasta ó martillo.»

Obras fiscales.—El supremo decreto de 15 de octubre de 1861, determina en su artículo 2.º que una vez formado el plano, el intendente llamará por los periódicos de la provincia á hacer propuestas cerradas para la ejecución de la obra.

Ordenanza de aduanas.—Contiene en sus disposiciones, con referencia á la prensa, las siguientes:

«Art. 32. Pagarán el derecho de 35%... Libros impresos que tengan tapas de carey, nácar, marfil ó sus imitaciones, ó que lleven sobrepuestos ó incrustaciones de oro ó plata, ó de metal dorado ó plateado fino.—Libros en blanco con impresiones ó sin ellas.

«Art. 33. Serán libres de derechos en su internación para el consumo las mercaderías siguientes:... Cartas y planos geográficos y tipográficos.—Libros impresos con excepción de los gravados con 35%.—Moldes para hacer cuadrados ó lingotes para imprenta.—Modelos y diseños para máquinas.—Muestras para escribir y para la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

enseñanza del dibujo.—Papel especial sin cola ó á media cola para imprimir y tiras de papel para impresiones telegráficas.—Prensas para litografiar y estereotipar.—Tinta preparada para imprentas y para litografías.—Imprentas y sus útiles.»

El artículo 113 ordena vender en pública subasta, todas las especies que se declaren en comiso, menos las estancadas, armas, pertrechos de guerra y pólvora que no sea de minas, conforme á lo dispuesto en el artículo 56.

El 114 ordena al superintendente ó jefe de la aduana, que es el juez en estos remates, que mande publicar avisos por el término de tres días en uno ó más periódicos de la ciudad para anunciar el remate.

El artículo 56 contiene igual prescripción respecto de las mercaderías depositadas y cuyo depósito no se remueve dentro del trienio.

El artículo 131, número 13, ordena al mismo funcionario pasar al Ministerio de Hacienda en el mes de abril de cada año una memoria general de las principales labores y reformas que convenga introducir en la aduana.

El número 14 del mismo artículo á su turno le impone el deber de remitir á las aduanas instrucciones impresas sobre los principales deberes que impone esta Ordenanza á los capitanes de buques, para que sean repartidas por los gobernadores marítimos á su arribo á los puertos de la República.

El artículo 168 crea el Departamento de Estadística, que tiene por objeto la formación y publicación de la Estadística Comercial de la República, y en consecuencia, le corresponde hacer imprimir y publicar en el mes de febrero ó marzo de cada año el Anuario Estadístico que comprenda el movimiento comercial de la República durante el año anterior.»

Por su parte, el Reglamento de Aduanas ordena en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

su artículo 115 rematar, con los trámites establecidos en la Ordenanza, las mercaderías que, sin haber renovado oportunamente su término de depósito, no se hubieren reembarcado ni despachado para el consumo, como asimismo aquéllas que sus dueños cedan á beneficio fiscal, ordenándose por el artículo 124 que el pago de estos avisos se haga por cuenta fiscal imputándose á cada interesado á prorrata del valor de las especies.

Impuesto de patentes.—El artículo 9 de la ley de 22 de diciembre de 1866 ordena á los intendentes y gobernadores publicar la matrícula cincuenta días, por lo menos, antes del período anual.

Un decreto de 5 de junio de 1879 manda que dicha publicación se haga por una sola vez en un periódico de la localidad ó por medio de carteles impresos ó de listas manuscritas, siempre que los intendentes ó gobernadores juzguen excesivo el costo de la publicidad.

Oficinas de tesorería y contabilidad.—La ley de 20 de enero de 1883 dispone en el número 5, artículo 27 que, en caso de embargo y remate, éste se anunciará en el periódico del departamento.

El Reglamento dictado en 2 de julio de 1883 declara en su artículo 12, número 4, que es deber de los tesoreros anunciar con un mes de anticipación, el día que deben comenzar á pagarse las contribuciones sujetas á rol ó matrícula, publicando avisos en un periódico del departamento y carteles en las subdelegaciones rurales.

En el 39, número 4, expresa que corresponde á la sección de impuestos expedir los recibos impresos para el cobro del impuesto agrícola. Estos recibos expresarán la provincia y departamento en que esté ubicado el fundo; el número y nombre con que se encuentre de-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

signado en el rol; el nombre de la persona que figure como propietario, y la cantidad que le corresponda pagar. Serán firmados por el director, llevarán el timbre de la oficina y contendrán un doble talón en que se estampará el mismo sello. Todos los recibos que corresponda cobrar á cada tesorería, irán encuadernados en libros á propósito, adecuados al número de recibos que á cada departamento corresponda; por los de cada libro se formará una factura que se acompañará á la remesa, y de todas las facturas parciales se formará una general, por departamentos, para hacer la entrega á la Dirección del Tesoro; la copia de esta factura general, que devolverá la Dirección del Tesoro con el correspondiente recibo, servirá de comprobante del asiento que por esta entrega haga de sus libros la Dirección de Contabilidad. Los recibos llevarán los talones con la fecha en blanco para que la llene el tesorero al tiempo de hacer el cobro, exigiendo, en el que corresponda, la firma del interesado, conforme á la ley.

Reglamento interior de la Caja de Ahorros para empleados (dictado en 3 de diciembre de 1858).—Expresa en su artículo 4.º que la administración de la Caja pondrá avisos en los periódicos pidiendo propuestas para la inversión de sus fondos.

Caja Hipotecaria.—El Reglamento de 29 de agosto de 1855 ordena en su artículo 27 al Consejo de Administración presentar cada seis meses al Gobierno un estado de las operaciones de la Caja y publicarlo en el *Diario Oficial*, con el balance respectivo.

La Ordenanza adicional de 10 de septiembre de 1883 para este establecimiento prescribe en su artículo 7.º: «Siempre que el Consejo acordare colocar ó invertir canti-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dades pertenecientes al fondo de reserva en letras de crédito, bonos del Gobierno ú otros documentos de la deuda pública, procederá en la forma que á continuación se expresa: con quince días de anticipación, anunciará por la prensa las sumas que la Caja se propone colocar, las letras ó papeles que quiera adquirir y pedirá propuestas cerradas, señalando el día y hora en que deben abrirse.

MARCAS DE ANIMALES.—El Reglamento de 17 de noviembre de 1874 prescribe en su artículo 12 la publicación por orden del gobernador departamental, en un periódico del departamento ó del más inmediato, de una razón de todos los animales vacunos y caballares que se hayan reunido y cuyos dueños no se conocieren, á pesar de tener la marca conforme á la clave de este Reglamento, expresándose en el aviso el departamento y el número de orden que la marca representa. Esta publicación se hará indefectiblemente cada mes por el término de ocho días.

MARCAS DE FÁBRICA Y DE COMERCIO.—El artículo 13 de la lei de 12 de noviembre de 1874 ordena publicar todos los años en el mes de agosto una lista de las que hayan sido registradas.

SOCIEDAD DE FOMENTO FABRIL.—El supremo decreto de 15 de diciembre de 1883 determinó por el artículo 14 publicar por cuenta de la Sociedad un periódico que sirva de órgano á sus intereses.

J. JOAQUÍN LARRAÍN Z.

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

INSCRIPCIÓN DEL DECRETO JUDICIAL QUE confiere la posesión efectiva de la herencia (1)

La Primera Sala de la Corte de Apelaciones ha expedido últimamente una resolución, que aunque recae en un caso especial, está llamada á producir efectos de trascendencia en nuestras prácticas judiciales.

Se trata de la inscripción del decreto que confiere la posesión efectiva de la herencia.

El artículo 688 del Código Civil ordena que se inscriba en el departamento donde se hubiere abierto una sucesión el decreto que confiere á los herederos la llamada *posesión efectiva* de la herencia, ó sea, el derecho de poder aquéllos disponer de consuno de los inmuebles hereditarios.

Ha sido costumbre hasta aquí inscribir semejante decreto, no sólo en el departamento donde se abre la sucesión, sino también en aquéllos en que estuvieren situados los inmuebles.

Semejante corruptela, que no merece otro calificativo, pues no se funda en disposición alguna legal, es la que tiende á hacer desaparecer la importantísima resolución á que se alude.

Si el Legislador ha querido, en efecto, que se tengan á la vista del público mediante el Registro del Conservador todas las mutaciones y transferencias de dominio de los inmuebles, ese objeto se cumple con la inscripción

(1) Transcribimos de uno de nuestros canjes este artículo, que recomendamos á nuestros lectores por la importancia práctica que envuelve esta interesante tesis.—*La Dirección.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de los títulos de dominio que una persona en vida, ó sus herederos después de muerto, están obligados á hacer, inscripciones que son muy diversas de las que, por una mala interpretación de la ley, se pretende llevar á cabo multiplicando el número de inscripciones del decreto que concede la posesión efectiva. La sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio, diverso de la tradición. El decreto de posesión efectiva debe inscribirse en un solo departamento, en aquél donde se abra la sucesión, para que así se sepa, no que el difunto era dueño de tales ó cuales inmuebles, no que los herederos lo son de los mismos, sino para patentizar el hecho de que toda la herencia ha pasado á los herederos por el modo legal de adquirirla.

Y para este fin ha bastado que el Legislador ordene la inscripción en un solo departamento. El Registro del Conservador es único é indivisible en todo el país. Sus ramificaciones corresponden á una necesidad puramente material y económica. De manera que aunque en alguna de las secciones del Registro se inscriba la posesión de los bienes hereditarios, se conserva sin romperse la serie de propietarios y el encadenamiento del dominio que va eslabonándose mediante trasmisiones por causa de muerte ó transferencias por acto entre vivos.

Suponer que la repetición de inscripciones de una misma naturaleza, como las del decreto de posesión efectiva, en diversos departamentos, fortifica el dominio ya adquirido ó confiere nuevo título, es violentar los principios legales, desnaturalizando la disposición del artículo 688 y confundiendo dos cosas sustancialmente diversas: la posesión de toda la herencia y el título especial de dominio que sobre cada inmueble competa á los herederos como sucesores y representantes del difunto.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

A estos títulos especiales se refiere, es verdad, el artículo 688; pero basta leer el artículo anterior, 687, cuyos incisos se citan, para comprender que no tienen nada que ver con la inscripción del decreto de posesión efectiva de toda la herencia.

Se necesitaría acudir á una ficción sumamente violenta é inaceptable para explicarse de alguna manera aquella confusión: suponer que el difunto está vivo y es el tradente y que los herederos, personas diversas de la de aquél, y que no lo representan, son los adquirentes. Para ello sería menester no distinguir la sucesión por causa de muerte, que es uno de los modos de adquirir, de la tradición del dominio, que es otro; es decir, la *transmisión* y la *transferencia*, para hablar en términos propios.

Volviendo ahora á la trascendencia que envuelve el fallo de la Corte, él está llamado, como decíamos, á barrer con prácticas inveteradas de notarios conservadores y jueces, depurando la aplicación del derecho; y á suprimir diligencias inútiles que demandan gastos y pérdida de tiempo.

Lo celebramos por el interés del derecho, á quien acata, y por el del público, á quien liberta de dispendiosas gabelas. Y tanto más aplaudimos ese fallo, cuanto que él importa una reacción saludable en nuestras viciadas prácticas judiciales amparadas hasta aquí por la rutina ó la inercia.

Hé aquí ahora los antecedentes que han provocado ese fallo:

«*Rengo, 13 de octubre de 1886.*—Habiendo reclamado don Miguel Güemes Valdivieso de la negativa del notario conservador de este pueblo, don Mamerto del Campo V. para inscribir la escritura de remate del fundo «Santa Isabel», ubicado en este departamento, mientras no se inscriba en esta misma oficina el decreto de posesión

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

efectiva librado á favor de los herederos de la sucesión de la expresada señora, el juzgado, oído á este funcionario, quien expresó que su exigencia la limitaba á la inscripción de dicho decreto en lo relativo al fundo «Santa Isabel», ubicado en este departamento, y esto, no obstante de existir en los antecedentes acompañados constancia de haberse inscrito dicha posesión en el departamento de Santiago, donde se libró ese decreto, resolvió que se hiciera como lo pide el notario. Habiendo apelado el señor Güemes de esta resolución, se le concedió el recurso.—CISTERNAS.—*Ascuy*, secretario.»

«Santiago, 28 de octubre de 1886.—Vistos: reproduciendo la parte expositiva de la resolución apelada de f., y considerando:

«1.º Que el decreto judicial que da la posesión efectiva y la inscripción de este decreto en el Registro del Conservador no tienen por objeto efectuar la tradición de inmuebles cuya posesión se ha conferido al heredero por el ministerio de la ley en el momento de deferírsele la herencia, sino sólo habilitar á dicho heredero para disponer de los expresados inmuebles;

«2.º Que en razón de lo expuesto anteriormente, la ley dispone solamente que se haga la inscripción del decreto referido en el Registro del departamento en que haya sido pronunciado, sin que para llevar á efecto esta inscripción hayan de considerarse inmuebles determinados, ni si existen ó no en ese departamento inmuebles de la sucesión;

«3.º Que estando expresamente determinado por la ley el Registro en que debe hacerse la inscripción del decreto de posesión efectiva, y habiéndose hecho con arreglo á ella en el departamento de Santiago la del que la confirió á los herederos de la sucesión de la señora Valdivieso de Güemes, no es legal la exigencia del con-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

servador de Caupolicán para que se haga también en su Registro la indicada inscripción.

«Visto lo dispuesto por el artículo 688 del Código Civil, se revoca la resolución apelada y se declara que no es necesaria la inscripción en el Registro del Conservador de Caupolicán del decreto que dió la posesión efectiva á los herederos de la señora Valdivieso de Güemes para llevar á efecto la inscripción de la escritura de remate del fundo «Santa Isabel». Devuélvase. Acordada con el voto unánime del Tribunal. Agréguese el papel. Publíquese.—VERGARA DONOSO.—AMUNÁTEGUI.— BARCELÓ.—ALFONSO.—VIAL RECABARREN.—Proveído por la Primera Sala de la Ilustrísima Corte.—*Cuevas*, secretario.»

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN HISTÓRICA

DON ANDRÉS BELLO Y EL CÓDIGO CIVIL

(Conclusión)

Se dice, por ejemplo, que el número á que hemos hecho referencia "habría debido distinguir entre los delitos comunes y los políticos, pues, no constituyendo estos últimos indignas á las personas que los cometen, no puede ser más inequitativo y absurdo que les priven de derechos tan importantes y sagrados como los de la patria potestad" (1).

Pues bien, la circunstancia de que la emancipación no se produzca en este caso por el hecho sólo de la pronunciación de la sentencia, salva el inconveniente á que se alude en la cita anterior, puesto que viene á dejar al arbitrio de los interesados el pedir ó no que se decrete esta emancipación.

Se hace todavía otra observación relativa también al número 4.º, ó, mejor dicho, al último inciso del artículo sobre que discutimos.

En la obra ya citada, *Explicaciones de Código Civil*, se dice con relación á este inciso lo que va á leerse.

"Otra cuestión puede también suscitarse por la concordancia del presente inciso con la disposición del artículo 269. Dice esta última que toda emancipación, una vez efectuada, es irrevocable. Ahora bien, esta regla ¿estará contradicha y abrogada por la disposición de este

(1) *Explicaciones de Código Civil*, por don Paulino Alfonso, tomo I, páginas 495 y 496.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

inciso, en cuanto preceptúa que el Presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Estado, pueda disponer expresamente que en el indulto se comprenda la conservación de la patria potestad? Á nuestro juicio, no existe tal incompatibilidad, como vamos á manifestarlo. Una de dos: ó el indulto de que se trata ha sido concedido cuando la sentencia estaba ya en vía de ejecución, ó antes. En el primer caso tiene aplicación la regla del artículo 269, y no puede ser de otra manera, porque, supóngase que el indulto ha sido otorgado cinco, diez ó veinte años después de la condenación del delincuente ¿cómo sería posible entonces que en el indulto se contuviera la *conservación* de la patria potestad, que, de hecho y de derecho, ha dejado de ejercerse durante todo el tiempo intermedio? En tal hipótesis, ó el indulto tendría efecto retroactivo, lo que es inaceptable; ó en él se contendría, no ya la *conservación* de la patria potestad, sino la *rehabilitación* del padre para ejercerla, y esta última, no necesitamos decirlo, sería materia de ley, y no de la competencia del Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Estado.—Hemos raciocinado sobre la base de que haya transcurrido un tiempo más ó menos largo entre el fallo condenatorio y el indulto, para hacer más palpable la exposición de la doctrina; pero lo mismo es, para los efectos legales, un día que veinte años, pues no hay razón para establecer diferencia alguna entre los casos que ambos términos caracterizan.

"Mas, si expedida la sentencia de término, no han pasado los autos al juez *a quo*, por haberse detenido en el Consejo de Estado para los efectos de la solicitud de indulto, como éste, en caso de pronunciarse, se adjunta á esos autos, y la sentencia no se considera jamás en vía de ejecución, antes de consignar el *cúmplase* el juez *a*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

quo, puede decirse que el indulto ha sido otorgado en el mismo acto que el fallo definitivo, y no hay, consiguientemente, dificultad alguna para que se produzca el efecto de la *conservación* de de la patria potestad» (1).

Por de pronto, debemos hacer notar el error en que se incurre al hablar de la tramitación del indulto.

En el último párrafo del trozo antes copiado, se da á entender que, expedida la sentencia de término y solicitado el indulto, *los autos* deben pasar al Consejo de Estado para que en unión con el Presidente de la República se pronuncie sobre dicha solicitud.

Entretanto, la sentencia, según el autor de las *Explicaciones*, queda *siempre* sin ejecución mientras el Presidente y el Consejo no hayan resuelto sobre el indulto.

Para manifestar la inexactitud del procedimiento indicado, vamos á reproducir lo que dice á este respecto nuestro malogrado y distinguido maestro don José Bernardo Lira en su obra titulada *Prontuario de los Juicios*.

«Hemos dicho, expone el señor Lira, que está ordenado á los tribunales superiores suspender la ejecución *de las sentencias que condenen á las penas de muerte ó de azotes* hasta que el Presidente de la República, oído el Consejo de Estado, resuelva sobre el indulto ó conmutación de ellas.

«Inmediatamente que el tribunal de término pronuncie estas sentencias, debe remitir al Consejo de Estado, por el órgano del Ministerio de Justicia, *copia de dicha sentencia y de la de primera instancia* con su informe sobre cada una de las circunstancias atenuantes ó agravantes del crimen ó simple delito y sobre todo lo que, á su juicio, pueda influir en el ánimo del Consejo para

(1) *Explicaciones de Código Civil*, por don Paulino Alfonso, tomo I, páginas 497 y 498.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

indultar ó conmutar la pena ó para proceder á su ejecución.

«Si el tribunal opinare por el indulto ó conmutación, debe emitir también su dictamen sobre la naturaleza y extensión de la pena que en este segundo caso debe sustituir á la impuesta.

«Si hubiere entre los miembros del tribunal diversas opiniones sobre la conveniencia del indulto ó conmutación, ó sobre la pena que deba sustituir á la impuesta, debe expresarse en el informe el número de miembros que apoyan cada opinión.

«La resolución que se diere acerca del indulto ó conmutación de la pena se comunica por el Ministerio de Justicia al tribunal correspondiente á fin de que haga poner constancia de ella en el proceso para su cumplimiento.

«La suspensión, en cuanto á la sentencia que impone la pena de azotes de que aquí tratamos, no tiene lugar respecto de los reos que hubieren sido antes condenados á la misma pena, sea que ésta hubiere sido ejecutada, conmutada ó indultada; á menos que el reo sea mujer ó varón menor de dieziseis años ó mayor de sesenta.

«*En los demás casos, la solicitud de indulto se presenta al Presidente de la República, acompañada de copia certificada, pero en papel simple, de la sentencia condenatoria*» (1).

De la lectura del trozo precedente, se deduce que, para la tramitación del indulto, no pasan, pues, los autos originales al Consejo de Estado, sino que se devuelven al tribunal de primera instancia para que ponga el *cúmplase* á la sentencia.

Sólo se suspende la ejecución de ésta cuando el reo de

(1) *Prontuario de los juicios*, por don José Bernardo Lira, tomo II, páginas 233 y 234, edición de 1886.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cuyo indulto se trata ha sido condenado á la pena de muerte ó de azotes; excepción muy natural y lógica si se atiende á la irreparabilidad de las penas indicadas.

Hacemos esta rectificación únicamente con el objeto de establecer los hechos tales como son, pues, para nuestro propósito, no tenemos que tomar en cuenta para nada si la sentencia se ha ejecutado ó no.

El número 4.º del artículo 267 del *Código Civil* no habla de sentencia ejecutada, sino de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, lo que es muy diverso.

Ahora bien, el indulto es, como se sabe, un arbitrio extremo, al cual sólo se ocurre una vez que hayan sido agotados los recursos que las leyes conceden contra las sentencias en materia criminal.

Observemos lo que acontecé en la práctica á este respecto.

En el distrito de la Corte de Apelaciones de Santiago, conoce en último término de las causas criminales de que tratamos, la Corte Suprema.

Las sentencias pronunciadas por este tribunal quedan de hecho pasadas en autoridad de cosa juzgada desde que se notifican al reo ó á su procurador, puesto que contra ellas no hay recurso alguno.

Si las sentencias hubieren sido pronunciadas por las Cortes de La Serena ó Concepción, queda contra aquéllas todavía el recurso de nulidad, que expira pasados los cinco días subsiguientes á la notificación de la sentencia.

Esta notificación se hace siempre inmediatamente después del pronunciamiento del fallo por la Corte respectiva; por lo tanto, cuando el Consejo de Estado venga á resolver sobre el indulto, ya la sentencia á que nos referimos estará de seguro ejecutoriada.

La circunstancia de estar pendiente el indulto no im-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pide absolutamente que la sentencia pase ó haya pasado en autoridad de cosa juzgada.

Después de las anteriores explicaciones, es indudable que cualquiera podrá echar de ver que, si se considera que la sentencia de que se trata en el número 4.º del artículo 267 produce por sí misma la emancipación, el indulto no puede jamás, prácticamente hablando, contener la *conservación* de la patria potestad, puesto que la emancipación, una vez efectuada, es irrevocable, según el artículo 269 del mismo *Código Civil.*

Por el contrario, si se sostiene, como nosotros, que no basta esta sentencia para que se produzca la emancipación, sino que se requiere un nuevo decreto del juez, el inciso final del artículo 267 puede perfectamente llegar á tener aplicación.

El indulto en este caso podría contener la *conservación* de la patria potestad, la cual puede existir todavía, no obstante la sentencia condenatoria.

No se nos ocultan, sin embargo, algunas consideraciones que podrían aducirse en contestación á lo que hemos expuesto acerca de este inciso final.

Se dirá, por ejemplo, que él estaba redactado en idéntica forma, tanto en el artículo originario que hemos dado á conocer antes, como en el correspondiente del *Proyecto* de 1853; que en ambos la emancipación se producía por el decreto del juez, inserto en la misma sentencia condenatoria, y que, por consiguiente, el mencionado inciso tampoco podía tener aplicación dentro de los términos en que estaban concebidos los artículos citados.

Todo esto es indudablemente efectivo, pero también es cierto que el artículo fué enmendado, y que la opinión que hemos sostenido, respecto á su forma definitiva, sobre el sentido que debe darse al número 4.º, es la única que viene á atribuir algún valor al inciso final del mismo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

artículo, estableciendo así aquella correspondencia y armonía que siempre deben procurarse en la interpretación de las diversas partes de una ley, según lo dispone el artículo 22 de nuestro *Código Civil.*

"Artículo 293. (*Proyecto* inédito.)

"Los hijos nacidos fuera de matrimonio, no siendo de dañado ayuntamiento, podrán ser reconocidos por sus padres ó por uno de ellos, y tendrán la calidad legal de *hijos naturales*, respecto del padre ó madre que los haya reconocido."

"Artículo 296. (*Proyecto* inédito.)

"Si es uno solo de los padres el que reconoce, no será obligado á expresar la persona en quien ó de quien hubo al hijo natural."

Observación del señor Ocampo: "Si no se expresa en el artículo 296 la persona de quien se ha tenido el hijo natural que se trata de reconocer, resultará que, en fraude del artículo 293, se reconocerán diariamente hijos de dañado ayuntamiento."

Contestación de don Andrés: "Esta objeción ha sido prevista y discutida. Prevaleció sobre ella la consideración de no obligar al padre á manchar con una flaqueza deshonrosa el buen nombre de una mujer que no consiente en ello. Se presume, pues, que el hijo no es incapaz de ser reconocido; pero no se presume de derecho."

Es innegable que, según los términos en que está concebida la disposición que hemos copiado bajo el número 296, el reconocimiento solemne de hijos adulterinos, incestuosos ó sacrílegos es, no sólo posible, sino extremadamente hacedero.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Aún hay más: en la generalidad de los casos, este reconocimiento ilegal no podrá ser impugnado, puesto que la indagación de la paternidad y aun la de la maternidad están sujetas á muchas restricciones.

No obstante estos inconvenientes, consideramos que el sistema adoptado en esta materia por don Andrés es preferible al indicado por el señor Ocampo en su última observación.

Si se obligara al padre ó madre que reconoce á expresar el nombre de la persona en quien ó de quien tuvo al hijo cuyo reconocimiento se pretende, es incuestionable que muchos retrocederían ante la ejecución de un acto que podría traer consigo, un gran número de veces, la divulgación de un escándalo, y siempre la de una falta deshonrosa.

Los reconocimientos serían, á no dudarlo, mucho menos frecuentes, perjudicando así á los hijos ilegítimos.

Por otra parte ¿se lograría evitar de ese modo el que se hicieran reconocimientos contrarios á la ley?

Indudablemente que no.

¿Se podría impedir, por ejemplo, que el padre ó la madre que tratan de reconocer á un hijo como suyo hicieran una falsa declaración respecto á la persona en quien ó de quien han tenido dicho hijo?

¿Quién garantizaría su veracidad?

Es evidente que en la mayor parte de los casos sería bastante dificultoso y aun, á veces, imposible el descubrimiento del engaño; por lo tanto nos inclinamos á creer que se procedió con acierto dejando tales como estaban las disposiciones objetadas por el señor Ocampo.

"Artículo 299 (*Proyecto* inédito).

"El reconocimiento podrá ser impugnado por toda persona que pruebe interés actual en ello.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"En la impugnación, deberá probarse alguna de las causas que van á expresarse:

"1.ª y 2.ª La primera y segunda de las que se señalan para impugnar la legitimación en el artículo 239.

"3.ª El haber sido concebido, según el artículo 78, cuando el padre ó madre estaba casado.

"4.ª El haber sido concebido en dañado ayuntamiento, calificado de tal por sentencia ejecutoriada en los términos del artículo 1122.

"5.ª No haberse otorgado el reconocimiento en la forma prescrita por el artículo 295."

Observación del señor Ocampo: "Parece que la regla 3.ª de este artículo 299 está comprendida en la 4.ª"

Contestación de don Andrés: "La regla 3.ª no exige sentencia ejecutoriada; la 4.ª sí."

La respuesta anterior señala perfectamente la diferencia que existe entre la 3.ª y la 4.ª causa de impugnación del reconocimiento.

Esta diferencia está fundada, por otra parte, en motivos muy justos y racionales.

Es perfectamente natural y lógico que el Legislador sea más rigoroso tratándose del adulterio que tratándose del incesto ó del sacrilegio.

El primero de estos delitos trae indudablemente consigo mayores perturbaciones sociales y consecuencias mucho más graves que los otros dos.

El señor don José Gabriel Ocampo se incorporó á la Comisión Revisora del *Proyecto de Código Civil* cuando ésta había examinado ya los primeros trescientos artículos de dicha obra.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

De aquí proviene que las observaciones que este distinguido jurisconsulto hizo por escrito al señor Bello no lleguen más que al artículo 300.

Es de sentir que no haya quedado constancia de las demás observaciones que el señor Ocampo debió hacer en el seno de la Comisión; sin embargo, consideramos que las reproducidas anteriormente bastan para poder apreciar de una manera suficiente el verdadero papel que desempeñó don Andrés Bello en las reformas posteriores que experimentó el *Proyecto*.

Y para formarse un juicio todavía más exacto, conviene no olvidar que don José Gabriel Ocampo fué, como se ha dicho antes, uno de los más activos cooperadores que tuvo el señor Bello y uno de los que prestaron más útiles servicios en la revisión del *Proyecto de Código Civil*.

Es preciso también tener presente que el mismo don Andrés, al dar á la estampa en 1853 el primer libro del *Proyecto* mencionado, indicaba ya la necesidad de corregir en él numerosos defectos que había notado después de hecha la publicación.

La *Advertencia* con que el señor Bello encabeza la obra á que aludimos, empieza como se copia á continuación:

"Á pesar del cuidado con que se ha hecho la última revisión de este *Proyecto*, no habrán podido evitarse algunas inconsecuencias, repeticiones y superfluidades; defectos inseparables de un largo trabajo solitario. Yo mismo, después de impreso el primer libro, he echado de menos en algunos puntos la completa armonía que tanto es de desear en una obra como la presente. Los señores de la Comisión encontrarán probablemente otras inadvertencias de la misma especie.

"En la numeración, se notarán repeticiones y vacíos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Como es presumible que hayan de suprimirse algunos artículos y de intercalarse otros, y como, alterada la serie, aunque lo fuese en un solo número, sería necesario recorrer toda la obra, no sólo para establecer la debida regularidad y continuidad en la numeración, sino para la corrección de las frecuentes referencias de unos artículos á otros, me ha parecido que éste debía ser el último de los trabajos necesarios para dar su forma definitiva al *Proyecto.*»

Sólo aquéllos que, como nosotros, han podido tener á la vista algunos de los manuscritos del señor Bello, relativos al *Código Civil*, están en situación de saber lo que significa este *largo trabajo solitario* de que habla el insigne jurisconsulto en el trozo que acabamos de reproducir.

Un estimado caballero, amigo nuestro, nos refería, no hace mucho, que, habiéndose encontrado con don Andrés Bello en un fundo en tiempo de vacaciones, había interrogado á éste sobre el estado en que se hallaba la redacción del *Proyecto de Código Civil.*

El señor Bello satisfizo inmediatamente á su interlocutor, y en seguida agregó:—«En la actualidad, amigo mío, no me ocupo en el *Proyecto;* he querido descansar un poco de tiempo, y, para entretenerme en algo, estoy escribiendo una *Cosmografía.*»

Esta respuesta, dada con toda ingenuidad, nos revela la ruda labor que impuso al eminente jurisperito americano la redacción de la obra que más honra debía dar á nuestro país y que ni siquiera debía llevar estampado el nombre de su ilustre autor.

Para concluir, sólo nos resta observar que el presente opúsculo no tiene otro mérito personal que el trabajo ímprobo que nos hemos tomado para reunir apuntes sueltos y dispersos, descifrarlos en seguida, por hallarse

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

muchos de ellos escritos con pésima letra, y colocarlos después en el orden debido.

Así y con todo, tenemos la satisfacción de pensar que él puede ofrecer alguna utilidad por cuanto suministra datos preciosos para conocer á ciencia cierta el sentido genuino de diversos artículos del *Código Civil.*

No son cosas de poco momento la historia fidedigna del establecimiento de la ley y la opinión que acerca de ésta se había formado su sabio autor.

No hace mucho tiempo logramos poner en limpio una producción de don Andrés Bello relativa al mandato, la cual está inserta en el tomo 9 de sus obras completas; y hemos visto con agrado que alguna vez ha servido para la recta inteligencia de las disposiciones á que se refería.

Ojalá que el trabajo actual tenga una suerte parecida.

En la compaginación de los trozos inéditos que hemos dado á conocer, hemos desempeñado, por decirlo así, el papel de secretarios póstumos del redactor del *Código Civil* respecto de los artículos á que aquéllos aluden.

No queremos ocultar que experimentamos alguna vanidad al expresarnos en estos términos.

Vale, indudablemente, algo el adherirse, siquiera como el musgo, al pedestal de la estatua de un grande hombre.

MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI R.

IMP. CERVANTES, Bandera 73

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO II Santiago, 1.° de marzo de 1887 NÚM. 10

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Don Santiago Prado, por E. C. L.—El nombramiento de los jueces, consulta de un suscriptor.—De la inviolabilidad de la correspondencia en la pesquisa criminal, por don Juan de Dios Arlegui.—Comentario del Título preliminar y del Título I del Libro I del Código de Comercio (continuación), por don José Alfonso.—Relaciones recíprocas entre la prensa y la legislación (continuación), por don José Joaquín Larraín Z.—Legislación civil boliviana, por don Melchor Terrazas.—Revista bibliográfica, por la Dirección.

DON SANTIAGO PRADO

El 17 de enero último ha bajado á la tumba este distinguido funcionario de nuestra administración de justicia.

Dotado de una ilustración vastísima y en posesión de conocimientos sólidos y profundos en la ciencia jurídica, el señor Prado honraba el puesto de Fiscal de una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, en el cual había sido jubilado hacía poco tiempo. Anteriormente había desempeñado una defensoría de menores.

En 1859 publicó los notables *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno*, sobre la base de la obra análoga española del jurisconsulto don Manuel Colmeiro, la cual ha servido de texto en nuestra Universidad hasta los últimos años. Es un valioso arsenal de la ciencia y legislación administrativas, á cuyo estudio técnico tan raros escritores se dedican entre nosotros.

El señor Prado fué también miembro del Congreso Nacional en diversas legislaturas; rector del Instituto

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Nacional; y en la Universidad, sucesivamente profesor de Derecho Internacional, Código de Comercio y Derecho Administrativo.

Su probidad y su talento, su levantado carácter y su prestigio en la sociedad chilena, inducirán á recordarle siempre con el afectuoso respeto que los contemporáneos y la posteridad dedican á los ciudadanos que, como él, prestaron servicios importantes en los nobles objetos de las ciencias, de la enseñanza, de la justicia, del adelanto y cultura de la patria.

E. C. L.

EL NOMBRAMIENTO DE LOS JUECES

Señor Director de la "Revista Forense Chilena":

Con este rubro he leído en el número anterior de la REVISTA que usted tan dignamente dirige, un interesante artículo del señor don Miguel Luis Amunátegui, en el cual me han llamado la atención, entre otros, los puntos siguientes:

1.º Que la Ley de 15 de octubre de 1875 dejó al arbitrio de las Cortes de Apelaciones de la República el colocar en las listas que forman anualmente para la provisión de cargos judiciales, no sólo á los jueces y abogados que residieren en sus respectivos distritos jurisdiccionales, sino á cualesquiera otros que residan ó estén sujetos á la jurisdicción de otra Corte. Por ejemplo, la de La Serena puede proponer jueces y abogados de la de Iquique. La de Concepción, jueces y abogados de Santiago, La Serena é Iquique; y la de Santiago á los jueces y abogados de su territorio, y además de cualquiera otra jurisdicción;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

2.º Que un juez de letras de un departamento puede ser trasladado á otro departamento, si él lo acepta y el Consejo de Estado lo propone en la terna respectiva, aunque no figure en ninguna lista de las que forman las Cortes cada año;

3.º Que igual doctrina debe seguirse respecto de los ministros de Cortes.

Pues bien, la lectura de ese artículo nos induce á solicitar por conducto de usted que el ilustrado señor Amunátegui haga uso de su habitual benevolencia para solucionarnos las siguientes dudas:

1.ª Un ministro de Corte que no esté en ninguna lista ¿podría ser nombrado juez de letras de un departamento, si él lo solicita y el Consejo de Estado lo presenta en terna al Presidente de la República?

2.ª Un promotor fiscal que no esté en las listas, y que en todo es igual á un juez de letras ¿podría ser nombrado promotor fiscal para otro ramo, para otro departamento ó para juez de letras?

3.ª Un fiscal de Corte, sin estar en lista ¿podría ser nombrado fiscal de otra Corte, juez de letras de otro departamento ó promotor fiscal de otro juzgado? Esto es, bien entendido, como en el caso anterior, que él lo solicite, que el Consejo de Estado lo proponga en terna y que haya voluntad de nombrarle en el Gobierno.

Como estos casos son posibles y aparecen oscuros, nos complaceríamos en conocer la opinión que de ellos se hubiere formado el señor Amunátegui, á quien agradecemos anticipadamente la contestación que aguardamos.

UN ABOGADO SUSCRIPTOR DE LA "REVISTA"

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

DE LA INVIOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA EN LA PESQUISA CRIMINAL

I

Se recordará que con ocasión de un telegrama publicado por la prensa europea, anunciando una revolución en Valparaíso, el Ministro Plenipotenciario de Chile en París, indicó por telégrafo á nuestro Gobierno la conveniencia de desmentir oficialmente aquella falsa noticia, que podía ser de graves consecuencias para el crédito del país, comprometido en esos momentos en la más extensa operación financiera que ha realizado en su vida de nación.

No se habrá olvidado tampoco que el Gobierno, por conducto del Ministro respectivo, no sólo desmintió oficialmente y por cablegrama la falsa nueva, sino que, por el órgano correspondiente, mandó pasar los antecedentes á la autoridad judicial para los efectos legales. Con tal motivo, los jueces del crimen de Santiago y Valparaíso, iniciaron de oficio, cada cual dentro del territorio de su jurisdicción, el sumario encaminado á establecer la existencia del delito y el descubrimiento del delincuente. Es decir, procedieron á lo que en el foro se conoce con el nombre de *pesquisa judicial.*

Sin que podamos afirmarlo, es lógico suponer que lo mismo se hizo en todos los puntos desde donde era posible se comunicara nuestro país directamente con Europa por el cable.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Bien, pues. Aquella pesquisa trajo por resultado inmediato, en primer lugar, la exhibición que se ordenó á las empresas telegráficas de los despachos trasmitidos entre el 1.º y el 11 de octubre de 1886; y en segundo, la necesidad de exigir á los particulares que exhibieran los códigos de sus respectivas claves, como único medio de poder descifrar los despachos comunicados en esa forma.

Semejante procedimiento fué materia de discusión en la prensa y en los círculos privados de ambas ciudades, y, generalmente, vimos condenarlo como inconstitucional é ilegal. Sin estar de acuerdo con el abuso que, al parecer, se ha hecho de la pesquisa judicial, creemos, por nuestra parte, que en el fondo el procedimiento es correcto, y que, al ordenar la exhibición que hemos indicado, los jueces obraron legalmente y sin extralimitar la esfera de acción que les marca la ley.

En este artículo nos proponemos consignar las razones que nos asisten para pensar de ese modo, no con el propósito de imponer nuestra opinión á nadie, sino persiguiendo dos objetos muy distintos, por cierto, á saber:

Provocar una discusión, propia de esta REVISTA y de alta importancia para los bien entendidos intereses de la administración de justicia, que podrán ilustrar plumas más acostumbradas que la nuestra á escribir para el público; y

Llamar la atención de los encargados de la redacción y revisión de nuestros Códigos de Procedimientos, sobre un punto que podría muy bien encontrar en ellos su dilucidación, ya que no se ha dictado hasta hoy la ley á que se refiere la Constitución.

II

«La casa de toda persona que habite el territorio chi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

leno, es un asilo inviolable, y sólo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la ley, y en virtud de orden de autoridad competente.»

«La correspondencia epistolar es inviolable. No podrán abrirse, ni interceptarse, ni registrarse los papeles ó efectos, sino en los casos expresamente señalados por la ley.» (Arts. 146 y 147 de la Constitución de 1833.)

Hemos copiado literalmente los dos artículos constitucionales que preceden, así porque en el segundo de ellos se fundan, evidentemente, los que condenan la exhibición de los cablegramas y de los códigos de claves ordenada con motivo de la pesquisa que hemos recordado, como porque, de los tres expositores de nuestra Constitución que conocemos, dos—los señores Lastarria y Carrasco Albano—los confunden en un solo comentario y, á nuestro juicio, con razón. Ambos artículos consagran como principio general la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia epistolar. No creemos, como el señor Huneeus, que ese principio es más absoluto tratándose de la segunda que del primero; no. La casa ó la correspondencia de todo el que habite el territorio chileno son igualmente inviolables y tanto el uno como la otra caen bajo las excepciones que la misma Carta Fundamental establece, que son, en uno y otro caso, las expresamente determinadas por la ley. Vasto campo de excepción, por cierto, pues desde que no se cita una ley especial, están comprendidas todas las que en el orden judicial y en el administrativo puedan establecer un caso de excepción.

Pero aún aceptando el modo de pensar del señor Huneeus, desde que para él el principio constitucional se viola únicamente cuando se intercepta la correspondencia y se abren las cartas antes que lleguen á su destino; y desde que en el caso que contemplamos no había in-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

terceptación de correspondencia, ni se abrían cartas que no hubiesen llegado á su destino, pues se trataba de la exhibición de despachos trasmitidos desde hacía días, es, por consiguiente, incuestionable que, dentro de la lógica del modo de discurrir del señor Huneeus, la exhibición ordenada por los jueces pesquisadores no violaba el secreto de la correspondencia epistolar.

Los tres comentadores á que hemos aludido, escribieron antes de que se promulgara la nueva ley del régimen interior, de 22 de diciembre de 1885, y, por consiguiente, pudieron decir con entera exactitud, que en los largos años que llevaba de vigencia la Constitución de 1833, aún estaban por dictarse las leyes especiales á que se referían los artículos 146 y 147 de ella. Circunstancia que induce al señor Lastarria,—después de hacer presente que en cualquier conflicto político, el domicilio, los papeles y efectos quedan á la merced de la policía y de cualquier funcionario administrativo,—á pronunciarse por la necesidad de una reforma de los artículos constitucionales, «que convierta en realidad lo que ahora no es sino un precepto genérico y vago, que no se cumple ni respeta».

La nueva ley del régimen interior ha hecho cesar *el orden de cosas existente*, sancionado por el artículo 112 de la antigua del mismo nombre, con relación á la inviolabilidad del asilo que constituye la casa de toda persona que habita el territorio chileno y la cual no puede ser allanada, según el precepto constitucional, sino por un motivo especial determinado en la ley y en virtud de orden de autoridad competente. La ley citada, de 22 de diciembre de 1885, determina los motivos de allanamiento y designa cuál es la autoridad competente para decretarlo; y aún cuando á este respecto el orden de cosas creado por la nueva ley difiere poco del existente

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

antes de ella, pues decretar pueden allanamiento la autoridad judicial, el gobernador y el subdelegado, con todo, basta esa designación y la determinación de los motivos que lo autorizan, para que la nueva ley importe un paso adelantado en el sentido de sacar al mandato constitucional consignado en el artículo 146, de la esfera de *precepto vago y genérico* y del caos de dudas en que se veía envuelto y á cuyo amparo era atacado, más ó menos directamente, por todo el que se decía representante de la autoridad.

Pero el nuevo orden de cosas no alcanza al precepto del artículo 147. Éste queda siendo hoy tan genérico y vago como antes y sometido al régimen que ha existido desde la promulgación de la Constitución de 1833. Tenemos, es cierto, las disposiciones que el Código de Comercio consigna en sus artículos 42, 43 y 1350, números 3 y 4, referentes á los libros de contabilidad, á las cartas de negocios que hayan dirigido y recibido los comerciantes, y á la ocupación de esos mismos libros y cartas por los síndicos en caso de declaración de quiebra; pero el Código de Comercio es una ley de excepción, que rige sólo las obligaciones de los comerciantes que se refieran á operaciones mercantiles, las que contraigan personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales, y las que resulten de contratos exclusivamente mercantiles. Fuera de esos casos, el Código de Comercio no tiene ni puede tener aplicación, y mientras no se dicte la ley que señale aquellos en que es permitido exigir la exhibición de la correspondencia epistolar y de los papeles privados en los juicios civiles y criminales de toda especie, la inviolabilidad de la correspondencia quedará sometida á las innumerables excepciones del orden de cosas que hoy subsiste para ese precepto genérico y vago, que no tiene otra garantía que la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

prudencia y recto criterio del que dirige la investigación, si se procede de oficio, ó que modera las exageradas pretensiones de los litigantes, si se trata de juicio entre partes.

Para justificar nuestra afirmación, y entrando directamente al objeto de este artículo, vamos á examinar lo que establecen las leyes vigentes que reglan el procedimiento por pesquisa en los juicios criminales.

III

Intencionalmente prescindimos de lo que sobre la materia disponen las leyes 16, título IV, y todas las del XVII de la Partida 3.ª, tanto porque sus disposiciones se encuentran modificadas por las del título XXXIV, libro XII de la Novísima Recopilación, cuanto porque el estudio detenido de las leyes de Partidas nos obligaría á dar á este escrito proporciones mayores que las que caben en el cuadro que para él hemos formado.

Con todo, no dejaremos de consignar aquí el modo como define la pesquisa y explica su objeto la ley 1.ª, título XVII de la Partida citada.

"Pesquisa, dice, en romance tanto quiere dezir en latin, como inquisitio, e tiene pro a muchas cosas; ca por ella se sabe la verdad de las cosas mal fechas, ca de otra guisa non pueden ser prouadas, nin aueriguadas. E otrosi meten en carrera a los Reyes por ella, de saber en cierto los fechos de la su tierra; e de escarmentar los omes falsos, e atreuidos, que por mengua de prueua cuydan passar con sus maldades..."

Conocido el modo como define la pesquisa y da á conocer su objeto el Código más autorizado de cuantos forman el conjunto de nuestra antigua legislación, veamos lo que sobre el particular establecen las leyes del tí-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tulo XXXIV, libro XII de la Novísima Recopilación.

De ellas hacen principalmente á nuestro objeto la 2.ª y la 7.ª La primera de éstas, que concuerda con la 11.ª, título XX, libro IV del Fuero Real, y con la 6.ª, título I, libro VIII de la Recopilación, dice textualmente:

«Quando quema ó homecillo, ó otro maleficio fuere hecho, y algun hombre lo querellare a la Justicia, si lo que dixere lo quisiere probar, sea oido; y si dixere, que no lo puede probar, mas que el Alcalde sepa la verdad, si el delito fuere hecho en la villa ó en otro lugar poblado, no lo oya el Alcalde sobre ello, mas pruebe lo que dixere, si quisiere ó si pudiere: y si el fecho fuere en yermo ó de noche, el Alcalde sepa la verdad por pesquisa ó como mejor pudiere, si el que dió la querella dixere, que no lo puede probar: *pero si la tal cosa fuere hecha, quier en yermo quier en villa, quier de noche quier de dia, y ninguno diere querella al Alcalde, el Alcalde de su oficio sepa la verdad por pesquisa, ó por donde meior la pudiere saber; porque razon es, que los malos, y desaguisados y malhechores no queden sin pena*».

La segunda de las leyes de la Novísima Recopilación que mencionamos poco há, concuerda con la 1.ª, título XVII, Partida 3.ª; con la 1.ª, título I, libro VIII de las Ordenanzas Reales, y con la 1.ª, título I, libro VIII, de la Recopilación. Y después de lamentar el que haya que dictar leyes contra los delincuentes, para que el castigo no sólo enfrene su osadía y temerario atrevimiento, sino que sirva de escarmiento á los que quisieren obrar mal, dispone:

«...Y porque los nuestros pueblos vivan en paz, sosiego y tranquilidad; por ende mandamos, que si algun robo, ó otro qualquier maleficio se hiciere, que el Alcalde ó Juez, en cuyo término el dicho maleficio ó robo fuere hecho, haga pesquisa é inquisición sobre ello, y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

oya á la parte, y le dé copia y traslado de la pesquisa, y sumariamente proceda, porque los delitos no queden sin pena.»

Continúa la misma ley 7.ª ordenando al Juez que proceda en la forma que deja establecida, aun cuando los autores del maleficio sean personas contra las cuales nada puedan las justicias ordinarias; pues, en tal caso, mandarán la pesquisa é inquisición al rey, para que éste mande ejecutar la pena á que se haya hecho acreedor el malhechor, tal como el rey entendiere que cumple á su justicia.

Hasta el 25 de agosto de 1757, fecha del auto acordado en que la Real Audiencia de Chile redactó su «Instrucción para la sustanciación de causas criminales», nada había en la legislación española que modificara, corrigiera ó atenuara lo dispuesto en las leyes que dejamos copiadas; y así vemos que la Real Audiencia, en los artículos 1.º, 16 y 17 de su Instrucción recordada, se ciñe estrictamente á lo mandado en dichas leyes.

Proclamada nuestra independencia, aquellas leyes, que en España misma fueron sustancialmente modificadas por las Constituciones de 1812, 1837 y 1845, continuaron entre nosotros rigiendo sin alteración alguna y siendo la única pauta á que debe el juez amoldar su conducta, siempre que se trate de pesquisar un delito que se halle comprendido en la categoría de los que se persiguen de oficio. Por lo menos, nosotros no conocemos disposicion patria ninguna que haya introducido en esas leyes la menor variación.

Bien, pues. En presencia de un delito que debe perseguir por razón de su oficio, el juez se encuentra, por una parte, con el mandato expreso de la ley que le impone el deber de saber la verdad por pesquisa é inquisición, *ó por donde mejor pudiera saberla*, y proceder

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sumariamente al castigo del delincuente; y por otra, con que, para el cumplimiento de ese deber, la ley no ha puesto traba alguna á su acción y que el límite hasta donde puede llegar en su investigación, es el que le marque su prudencia y buen criterio. ¿Se detendrá ante la inviolabilidad de la correspondencia epistolar consagrada por el artículo 147 de la Constitución de 1833, ó por el 106 de la de 1828 que, sustancialmente, dispone lo mismo que aquél?

Indudablemente no.

Y eso, no por arbitrariedad ó capricho, sino porque uno y otro artículo exceptúan los casos expresamente declarados ó señalados en la ley, y se hallan en esa categoría todos los maleficios que dan lugar á pesquisa, en los cuales debe el juez saber la verdad *por donde mejor pudiera saberla*, si desea cumplir estrictamente con la ley, como debe hacerlo todo el que administra justicia en su nombre.

No creemos que para nadie sea revocable en duda que, en el caso del cablegrama que dió lugar á la pesquisa que nos ocupa, el mejor modo de conocer la verdad y castigar al malhechor, era la exhibición de los cablegramas de toda especie, enviados de Chile á Europa, entre el 1.º y el 11 de octubre de 1886, y, como consecuencia ineludible, la de los códigos que debían proporcionar la clave para descifrar los enviados en esa forma. Por eso sostenemos que al ordenar el juez tal exhibición, hizo uso de las facultades que le conceden las leyes 2 y 7, título XXXIV, libro XII de la Novísima Recopilación, ciñó su acción á casos expresamente determinados en ellas y no infringió el precepto constitucional que, con el señor Lastarria, sostenemos también que es vago y genérico, como que se halla sujeto á innumerables excepciones; las cuales demuestran, sin duda posi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ble para nadie, ó la necesidad de reformar el artículo constitucional, ó la de dictar la ley que taxativamente señale los casos en que, en las pesquisas criminales de oficio, es únicamente permitido violar el secreto de los papeles privados y de la correspondencia epistolar. Pero aquellas excepciones no demostrarán jamás que el procedimiento adoptado en el caso que nos ocupa fué ilegal y anticonstitucional; porque mientras la reforma, ó una ley especial, no haya venido á hacer cesar para la correspondencia epistolar y papeles privados *el orden de cosas existente*,—como la ley de 22 de diciembre de 1885 lo hizo respecto de la inviolabilidad del hogar,—siempre tendremos que esa inviolabilidad no existe cuando se trata de la investigación y castigo de delitos que se pesquisan de oficio.

IV

Evidentemente que para que el juez se crea autorizado para proceder con arreglo á lo dispuesto en las leyes de la Novísima, es necesario que se trate de un hecho que constituya una acción ú omisión voluntaria penada por la ley. En una palabra, es necesario que se trate de pesquisar un delito y, además, que éste produzca acción pública y no esté sometido sólo á la privada; pues si así no fuera, ni habría cómo proceder criminalmente, ni menos de oficio, únicos casos en que la ley autoriza al juez para comenzar por pesquisa é inquisición y conocer la verdad como mejor pudiere saberla.

Pero en el caso del falso cablegrama, en la suposición que existiera, que, justamente, era lo que debía poner en claro la pesquisa, no había cómo dudar que él constituía un delito. En el párrafo VII, título VI, libro II, del Código Penal, que lleva por epígrafe *Crímenes y simples*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

delitos relativos á la industria, al comercio y á las subastas públicas, se encuentra el artículo 285, que textualmente dice:

«Los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros ó mercaderías, acciones, rentas públicas ó privadas *ó de cualesquiera otras cosas que fueren objeto de contratación*, sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo á medio y multa de ciento á quinientos pesos.»

El autor del falso cablegrama no pudo proponerse sino uno de estos dos objetos: ó hacer bajar en Europa el precio de los fondos públicos de Chile y, por consiguiente, el tipo del empréstito que en esos días se contrataba para la conversión de parte de nuestra deuda externa; ó introducir la desconfianza respecto de la tranquilidad interior del país, parar las órdenes de colocación de capitales en acciones ó efectos públicos, forzar de ese modo la demanda de letras de cambio y hacer subir el precio de éstas. En uno y otro caso,—ó en los dos, si se trataba de un especulador de alta esfera,—desde que á sabiendas trasmitía un hecho falso, el procedimiento era fraudulento y caía bajo la sanción del precepto contenido en el artículo 285 del Código Penal.

Para ese resultado, es completamente indiferente que el autor del cablegrama consiguiera ó no su intento. La ley penal castiga no sólo el crimen ó simple delito consumado, sino también el frustrado y la tentativa. En el caso que nos ocupa, discurriendo en la hipótesis más favorable para el autor del cablegrama habría simple delito frustrado, según el artículo 7.º del Código Penal; y todo lo más que podría pretenderse en su favor sería no eximirlo de responsabilidad criminal y de la consiguiente sanción penal, sino el que se le impusiera la pena en un grado inferior á la asignada por la ley al crimen ó simple

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

delito consumado. Es decir, que en vez de ser de sesenta y un días á tres años, la reclusión fuese de sesenta y uno á quinientos cuarenta días, y la suspensión de cargo ú oficio público ó profesión titular, caso de tener lugar, de sesenta y un días á un año.

Pero eso es discurriendo en una hipótesis imposible, cual es la de que se probara que el falso cablegrama no había conseguido alterar el precio de los fondos públicos de Chile en el extranjero y, en el interior, el de las acciones y efectos públicos de toda especie, ni forzado la demanda de las letras de cambio. No hay cómo apreciar los efectos de una falsa noticia de esa especie, trasmitida en un instante dado por el alambre eléctrico á cuatro mil leguas de distancia y lanzada allí á la publicidad por medio de la prensa. El intentarlo sólo, equivaldría á la pretensión de someter á cálculo el número de conjeturas imaginables, lo que es simplemente imposible. Para la ley, pues, en este caso, el envío únicamente del falso cablegrama, con el evidente propósito de alterar fraudulentamente el precio de cosas que son objeto de contratación, constituía el delito consumado.

V

Dijimos al empezar este artículo, que estimábamos correcto el procedimiento empleado, sin que por eso estuviéramos de acuerdo con el abuso que, al parecer, se había hecho de la pesquisa judicial. Con lo dicho anteriormente creemos haber demostrado lo primero: cúmplenos ahora manifestar en lo que consiste, á nuestro juicio, el abuso, si es que las cosas han pasado como á primera vista ha podido creerse.

Efectivamente, en los mismos días en que se iniciaba en Valparaíso la pesquisa para descubrir si el cable-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

grama había sido enviado desde este puerto y por qué persona, la iniciada en Santiago con un propósito análogo, parecía terminada ya, y los diarios de la capital publicaban, no sólo la vista del señor Promotor Fiscal, sino los telegramas en clave dirigidos desde Santiago y que habían sido descifrados por orden del juez. No sabemos si la agregación de los cablegramas al sumario, primero, y su publicación, después, fué por voluntad de los interesados, ó si se agregaron por orden del juez y se publicaron en seguida sólo en virtud del auto de sobreseimiento que mandaba archivar el expediente y que, hasta cierto punto, hacía público todo lo obrado.

Si lo primero, nada hay que observar. Cada cual es dueño de hacer pública la correspondencia que dirige ó recibe.

Si lo segundo, la cosa cambia completamente de aspecto. El juez, en ejercicio de las funciones que le encomienda la ley, tuvo facultad para hacerse exhibir todo despacho que pudiera ponerlo en aptitud de conocer la verdad sobre el hecho que pesquisaba; pero una vez conocida, ya fuese en el sentido de encontrar el cuerpo del delito y el delincuente, ya en el de adquirir el convencimiento de que el delito no existía, ó que no había sido cometido dentro del territorio de su jurisdicción, no pudo ir más allá. Sobre todo en el segundo caso, en el que la agregación de los cablegramas no respondía á necesidad alguna de la pesquisa. Para ésta bastaba sólo un certificado que acreditase que, exhibidos y descifrados los cablegramas en clave, el Juzgado nada había encontrado en ellos que tuviera relación con el que motivaba la investigación. De ese modo el juez habría tenido toda la latitud que la ley le concede para conocer la verdad *como mejor pudiera saberla* y no habría violado el secreto de la correspondien-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cia, sino en tanto cuanto hubiera sido indispensable para dar cumplimiento al mandato legal.

Todo lo demás sería contrario al espíritu y letra de las leyes de la Novísima y violatorio del precepto constitucional, que no encontraría expresamente consignado en ellas el caso de excepción. Por la publicación que se hizo de los cablegramas en cifra exhibidos en Santiago, supimos que la casa tal había pedido una pieza de ésta ó aquella tela y había celebrado tal ó cual arreglo con un dependiente, cosas, á la verdad, de poca importancia en cuanto al hecho en sí mismo, pero de suma gravedad en cuanto al principio; porque si hubo derecho y fué correcto, en este caso, el mandar agregar al sumario copia de los cablegramas y el publicarlos en seguida, lo habría sido igualmente, aún cuando en ellos se tratara de una vasta y peligrosa especulación, ó de datos referentes al crédito de un banco ó de una casa comercial. En el secreto de una comunicación cifrada, cuya clave no conoce sino la persona á quien va dirigida, ó en el de una carta cerrada, que no lee sino el que la recibe, pueden hacerse, y se hacen frecuentemente, esas y otras muchas confidencias; y se conciben sin esfuerzo los deplorables extremos á que se llegaría si, en el estado actual de nuestra legislación en materia de inviolabilidad de la correspondencia epistolar, con motivo de una pesquisa judicial fuese permitido hacer públicos los secretos de instituciones de crédito, del comercio y de los particulares, ya sea sólo mandándolos agregar á un expediente, donde puede conocerlos todo el que se dé la pena de registrarlo, ya ordenando ó autorizando su publicación por la prensa.

Pudiera observarse quizá que, desde que la ley autoriza la exhibición y el juez debe cerciorarse del conte-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nido de la comunicación, cablegrama ó carta, el secreto deja de existir y con él la inviolabilidad de la correspondencia. Es cierto; pero, en primer lugar, el hecho está dentro de la excepción constitucional y no hay violación del precepto; y en segundo, en el caso supuesto, y siempre que la comunicación sea extraña al hecho que se investiga, es únicamente el juez el que toma conocimiento de ella, y tanto las altas funciones de su ministerio como la circunspección y tino de que debemos suponer adornado á todo juez, son una garantía de que se guardará la reserva indispensable.

VI

Al poner fin á este artículo, en el cual, lo repetimos, no nos hemos propuesto sino consignar nuestro modo de pensar sobre una cuestión grave y dar lugar á que la ilustren plumas más autorizadas, debemos hacer presente que hemos discurrido en el sentido de equiparar los cablegramas en cifra á la correspondencia epistolar.

En efecto, entre ésta y aquéllos no hay más diferencia que el conducto por donde se trasmiten á su destino. Tan ignorado es el significado de un cablegrama cifrado, para el empleado que lo expide, como el contenido de una carta cerrada para el empleado del correo que la factura, la pone en la balija y la entrega, por último, á su destino. No hay, por tanto, á nuestro juicio, razón alguna para establecer diferencia entre uno y otro medio de comunicación.

JUAN DE DIOS ARLEGUI

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

COMENTARIO DEL TÍTULO PRELIMINAR Y DEL Título Primero del Libro Primero del Código de Comercio.

(Continuación)

4.º Es acto de comercio *la comisión ó mandato mercantil.*

Debe ante todo observarse, en la redacción de este número, que se habla en él de la comisión ó mandato comercial, como si la comisión y el mandato fueran una misma é idéntica cosa; siendo así que son en realidad cosas muy distintas: la comisión es una especie del género mandato, como lo demuestra claramente el precepto de los artículos 233, 234 y 235 del Código, de los cuales el primero define lo que es, en general, el mandato mercantil, el segundo detalla las tres especies de mandato que reconoce la ley, y el tercero determina lo que debe entenderse por una de estas tres especies de mandato, —la comisión. En el estudio de este número procederemos en la inteligencia de que el acto de comercio á que él se refiere es el mandato.

Las tres especies de mandato que reconoce el artículo 234 del Código son: 1.º, la comisión; 2.º, el mandato de los factores y dependientes; y 3.º, la correduría; clasificación que debe tacharse de incompleta, pues olvida tres especies de mandato: el de los martilleros, el de los agentes de negocios, y el de los depositarios.

Los martilleros «son oficiales públicos *encargados* de vender al mejor postor productos naturales, muebles y mercaderías sanas y averiadas» (art. 81). Como se ve, estos oficiales públicos tienen por única misión cumplir un encargo, y contraen, como todo mandatario, la obligación de rendir cuenta de él á su comitente (art. 93).

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Confirma esta manera de ver la disposición del artículo 94, que hace extensivas á los martilleros, en los casos no previstos en el título IV del libro I, que el Código les dedica, las reglas del mandato mercantil, y especialmente las que gobiernan la comisión para vender.

Lo propio incumbe decir con relación á las agencias de negocios, las cuales se comprenden, del mismo modo, en la categoría del mandato. Siendo agente de negocios la persona que tiene por oficio gestionar en pro de intereses ajenos, no se podrá desconocer que desempeña funciones que en nada se distinguen de las del corredor ó comisionista, y que, como éstos, es un verdadero mandatario. Después veremos, sin embargo, que el agente de negocios es un auxiliar que la ley no reconoce.

Idéntica observación debe hacerse respecto de los depositarios. El mismo Código es el que determina que el depósito mercantil se constituye en la misma forma que la comisión, y que los derechos y obligaciones del depositante y depositario de mercaderías son los mismos que otorga é impone á los comitentes y comisionistas (artículos 807 y 808). Es, pues, evidente que, á los ojos de la ley, el depósito mercantil es una de las especies del mandato.

Por esto mismo, en el fondo de las cosas, aunque no para los efectos del método, tiene poca importancia que no se comprendan en la disposición del número que estudiamos las operaciones de estos diversos auxiliares del comercio, porque, conocida la sustancia de los preceptos legales, debe estarse á ella, y no al nombre que se dé ó se deje de dar á los actos á que dichos preceptos se apliquen.

Hecha esta observación de orden, y reservándonos tratar de las casas de martillo, agencias de negocios y empresas de depósito de mercaderías en el número 7.º,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que se les ha asignado juntamente con las empresas de provisiones y suministros, pasamos á ocuparnos de las tres especies de mandato á que se refiere el Código en el título destinado á esta convención.

La *comisión* es "el mandato que versa sobre una ó más operaciones mercantiles individualmente determinadas", y se subdivide en cuatro especies: comisión para comprar, comisión para vender, comisión de trasporte por tierra, lagos, ríos y canales navegables, y comisión para ejecutar operaciones de cambio (arts. 235 y 236).

Dadas las nociones que ya hemos adelantado sobre la naturaleza de los actos de comercio, es fácil darse cuenta de que el carácter de la comisión se presentará de ordinario clara y perfectamente definido. Comenzaremos por la comisión para comprar. Hecho el encargo, sólo habrá que atender al destino que el comitente piensa dar á los efectos, al ánimo que va á presidir á la compra. ¿Se propone especular con los efectos, vendiéndolos, permutándolos ó arrendándolos? ¿Va á formar con ellos una negociación de las que el Código califica de actos de comercio?—Habrá el comitente encomendado una comisión comercial ¿Trata, por el contrario, de usar y consumir los efectos?—El encargo tendrá un carácter civil. Para la acertada apreciación del acto deberá prescindirse de la profesión del comitente, y de la naturaleza y procedencia de los efectos sobre que la comisión recaiga. Es sabido que la persona que no es comerciante puede ejecutar actos aislados de comercio; que sobre todos los bienes mobiliarios pueden recaer la compra-venta mercantil y los demás contratos que intervienen en las transacciones; y que la calidad comercial es producida por el propósito que se haya abrigado al celebrar la convención de que se trata. La profesión del comi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tente y la naturaleza ó procedencia de los efectos podrán servir de presunción, en caso de duda acerca del fin con que se haya hecho la compra, para conocer su índole verdadera. Es natural que el comerciante que se vale de un comisionista para celebrar una compra de mercaderías, tenga en mira especular con ellas, emplearlas en su negociación, y que el no comerciante solo se proponga consumirlas; mas ni lo uno ni lo otro serán una derivación necesaria de la profesión respectiva de cada adquirente. El comerciante puede comprar por medio del comisionista para consumir lo comprado, así como el que no lo es puede perseguir un propósito de especulación, pretendiendo realizar una operación mercantil aislada. A nuestro entender, la intervención del comisionista en el acto que estamos examinando, es un accidente que no puede influir en la naturaleza de la operación ejecutada por el comitente, operación que será, respecto de éste, civil ó comercial sólo en virtud del ánimo con que la haya emprendido. Del mismo modo, el hecho de entrar ó no en una negociación mercantil las cosas compradas por conducto del comisionista no será una circunstancia que revele el destino que piensa darles el comitente, el cual puede adquirir mercaderías para consumirlas, y objetos de otra clase para negociar, aunque es más probable que haya propósito de especulación en el primer caso que en el segundo.

También puede servir de presunción más eficaz, aunque no de regla, para apreciar la naturaleza del acto, la mayor ó menor cantidad de efectos á que se extienda la comisión, puesto que, generalmente, la adquisición de un valor considerable de cosas muebles significará que el comprador quiere especular con su venta, permuta ó arrendamiento, y su adquisición en cantidad más ó menos reducida será indicio de que va á usarlas y consumirlas,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sin que esto obste á que en alguna ocasión pueda suceder lo contrario.

Se comprende que la presunción será más vehemente si las diversas circunstancias recién mencionadas concurren en la misma comisión, y entonces puede llegar á ser tan poderosa que forme el convencimiento de que el acto, por parte del comitente, reviste manifiesto carácter comercial.

Otras veces servirá para revelar la existencia de la comisión la naturaleza especial de las cosas que el comitente se propone adquirir, sin necesidad de que se inquiera cuál es el ánimo con que se haya hecho el encargo. Así, por ejemplo, tratándose de la compra de un establecimiento de comercio, de una nave ó de letras de cambio, el acto será evidentemente mercantil. En estos casos no habrá para qué indagar lo que se propone hacer el comitente con la adquisición, porque basta por sí sola la compra del establecimiento de comercio, de la nave ó de las letras de cambio para que se considere que se ha ejecutado, sin duda alguna, un acto de comercio.

Para dar cumplimiento á la comisión para comprar, necesitará el comisionista encontrar un vendedor de quien adquirir los objetos que necesita el comitente. Puede el vendedor, al celebrar el contrato, realizar una operación de comercio, ó ejecutar sólo un acto civil. Supóngase que el comitente procura comprar mercaderías, y que se las vende el dueño de una tienda ó almacén que especula en esta clase de ventas. El vendedor habrá ejecutado un acto de comercio. Supóngase que lo que trata de adquirir el comitente es una cantidad de trigo, y que el comisionista la consigue de un agricultor. El vendedor habrá ejecutado un acto de su industria civil. Comitente y vendedor pueden especular á un mismo tiempo; puede especular uno sólo de ellos, y puede faltar

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el espíritu de especulación en ámbos. En este último caso no existirá propiamente comisión, sino sólo en cuanto el mandatario proceda por su parte mercantilmente; en los otros casos habrá acto de comercio por parte de ambos contratantes, ó por parte de uno sólo de ellos.

En cuanto á la comisión para vender, tienen que guiarnos los mismos principios. Debe atenderse á si el vendedor especula ó no con la enajenación: en el primer caso se ejecutará un acto de comercio, y en el segundo un acto civil. Un dueño de tienda ó almacén encarga á un comisionista que le venda efectos de su negociación; un fabricante le hace igual encargo respecto de los artículos que la fábrica elabora. La comisión ejecutada en virtud de estos encargos será, sin duda alguna, mercantil para el comitente. Un agricultor confía al comisionista el mismo mandato con relación al trigo, vino ó pasto de la producción de su fundo: la realización de este encargo no constituirá para aquél sino un acto puramente civil. Esta distinción se impone por la fuerza misma de las cosas: el comerciante continuará en otra forma las operaciones de su giro, y el agricultor, por su parte, llevará á cabo por medio de un intermediario la explotación de su fundo, al que hace producir para enajenar sus frutos.

Á pesar del sólido fundamento en que parecen descansar estas reflexiones, el señor Ugarte Zenteno, en el opúsculo ya varias veces citado, es de opinión que la comisión de un agricultor á un comerciante en granos, para la venta de sus trigos, es comercial, "porque en este caso se ha puesto de por medio un negocio, un acto mercantil, uniendo con su vínculo legal á los dos contratantes, comitente y comisionista."

Á nuestro juicio, esta consecuencia no es una deducción lógica ni necesaria del antecedente de que se la hace derivar; atribuyéndose al acto ejecutado por uno

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de los contratantes, el comitente, un carácter que no le corresponde, no se juzga con exactitud la operación en que interviene. El vínculo que ha unido al comitente con el comisionista, no es un negocio mercantil de parte del primero. Es claro, incuestionable que, al realizar los frutos de su cosecha, el agricultor ejecuta un acto de su industria civil. Que el comisionista verifique, en cuanto á él concierne, una operación de tráfico mercantil, lo que en este caso es indudable, no puede alterar la naturaleza del acto en lo que toca al comitente, ni convertir este acto de civil en comercial. De otro modo, sería preciso adoptar la teoría de que el acto mercantil de uno de los contratantes imprime su carácter al acto civil ejecutado por el otro. Esta teoría, sobre ser contraria a la realidad de las cosas, no se armoniza con aquel principio legal que reconoce expresamente que el acto de comercio puede serlo, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno sólo de ellos. En el ejemplo que examinamos, acontece esto último. El agricultor habrá ejecutado una operación común, y el comisionista un acto de comercio: situación anómala, si se quiere, pero verdadera, y cuyos inconvenientes ya hemos señalado.

Agréguese todavía esta otra consideración: si en la comisión para vender, la profesión mercantil del comisionista pudiera hacer que un agricultor ejecutara un acto de comercio al encargar la enajenación de los productos de su fundo, por el mismo motivo, el tercer contratante con quien pactara el comisionista para ejecutar su mandato debería proceder mercantilmente, aunque comprara los efectos para consumirlos, lo que es inaceptable y absurdo.

No de otra manera juzga esta cuestión una doctrina generalmente aceptada. Ocupándose de examinar el contrato de comisión, y las diversas situaciones en que puede

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

presentarse, Delamarre y Le Poitvin afirman que *sólo los actos de comercio* pueden ser objeto de un mandato mercantil cualquiera, y que basta, para que la comisión pueda existir, que el acto sea comercial, ya de parte del uno, ya de parte del otro de los contratantes, indiferentemente. Para arribar á esta conclusión, consideran estos cinco casos: «1.º, el caso en que la materia de la comisión es comercial *re ipsa;* 2.º, el en que es reputada comercial por la calidad del mandante y la del mandatario; 3.º, el en que no lo es sino por la calidad del mandante; 4.º, por la calidad del mandatario solamente; y 5.º, por la intención del mandante.» Con relación á los casos 3.º y 4.º, que son los que hacen á nuestro propósito, Delamarre y Le Poitvin expresan que si un propietario de viñedos vende, con la intervención de un mandatario no comerciante, á un especulador en vinos el producto de su fundo, no se ejecutará un acto de comercio por el agricultor ni por el mandatario, y sí únicamente por el negociante comprador. Por consecuencia, no ha existido contrato de comisión, porque la venta del producto de sus viñedos hecha por el agricultor, no siendo un acto de comercio con relación á éste, no ha podido serlo respecto del no comerciante que ha tomado parte en ella por medio de la ejecución del mandato. Pero, si el agricultor consigna sus vinos á un negociante con el fin de que los venda, este contrato constituirá una comisión, á lo menos, en lo que concierne al negociante, porque, con relación á él, esta gestión en favor de otra persona, como cualquier compromiso que contraiga, se presume que tiene por causa su comercio, y, por lo mismo, se convierte en comercial (1).

(1) Delamarre et Le Poitvin. *Traité théorique et pratique du droit commercial, comprenant l'ouvrage du contrat de commission.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

De este comentario se desprende, en corroboración del principio que venimos sosteniendo, que el encargo hecho por un agricultor á un comerciante para que éste venda los productos del fundo del primero, constituye acto de comercio sólo para el mandatario, y no para el comitente. Cuando mandante y mandatario son, el uno agricultor, y el otro persona que no ejerce tampoco la profesión del comercio, la solución es, si cabe, más clara todavía; no hay acto de comercio para el uno ni para el otro, ni siquiera comisión: y como la calidad mercantil que tenga el comisionista no puede modificar la naturaleza de la operación efectuada por el comitente agricultor, nos parece fuera de toda duda, en conformidad á la opinión transcrita, que el mandato encomendado por éste para que se vendan sus productos no puede reputarse mercantil. En ambos casos el mandato conferido por el comitente es el mismo, y no puede alterarlo el hecho de cambiar la calidad del comisionista; con este cambio se modificará la naturaleza del acto únicamente en cuanto se refiera al mismo comisionista, quien ejecutará un acto comercial ó un acto civil, según los casos.

Es inútil que, respecto de la comisión para vender, repitamos la observación hecha al ocuparnos de la comisión para comprar, relativamente á la clase de acto que ejecute el tercer contratante con quien el comisionista deba entenderse para la realización de su mandato, tercer contratante que efectuará ó no operación de comercio, según sea el ánimo con que por su parte proceda.

Contemplada la comisión para comprar y para vender desde el punto de vista aislado del comisionista, la profesión que ejerza será, por regla general, una norma casi segura para apreciar con acierto la naturaleza de la operación que verifica. ¿Especula con las comisiones que de-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sempeña? ¿es comerciante comisionista? su giro ¿admite también comisiones? Es claro que, aceptando el encargo y llevándolo á cabo, practicará un acto de comercio. Por la inversa ¿no se ocupa del ramo de comisiones, y proponiéndose hacer un servicio, ó apremiado por una necesidad, sin perseguir ningún propósito de lucro, desempeña un mandato? Es asimismo evidente que no habrá ejecutado más que un acto civil. Aunque no necesitemos recordar que el comercio puede ser ejercido por cualquiera persona no comerciante, no debe perderse de vista, en materia de contrato de comisión, la profesión del mandatario, el cual ejecutará generalmente acto de comercio estando dedicado á la profesión de comisionista, y acto civil en el caso contrario. Las operaciones de comisión, que deben recaer sobre especulaciones individualmente determinadas, circunscritas á producir el cobro del módico derecho de un tanto por ciento en las negociaciones á que se refieran, no ofrecerán, siendo aisladas, el aliciente que puede encontrarse en la compra de efectos hecha para revenderlos y en otros actos mercantiles; de suerte que se puede asegurar, casi sin temor de equivocarse, que si no se desempeña el mandato por un comerciante de profesión, no se habrá ejecutado un acto de comercio, porque es difícil suponer, en la celebración de este contrato, la existencia de actos mercantiles aislados.

Consecuentes con las ideas contenidas en las observaciones que preceden, debemos expresar que el comisionista puede proceder mercantilmente cuando el comitente y el tercer contratante realizan, cada uno por su parte, una operación común. Encomendada por un agricultor á un comerciante la comisión para vender frutos de su fundo, y realizada con un comprador que los adquiere para consumirlos ó destinarlos á una industria no comercial,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el primero y el último habrán ejecutado un acto que no tiene nada de mercantil, mientras el comisionista habrá realizado una operación de su giro corriente. En otras ocasiones, se producirá entre el comitente y el tercer contratante un acto de doble carácter por el hecho de comerciar con la operación el uno de ellos, y no el otro. Lo menos frecuente será que el comisionista no busque la remuneración que ordinariamente le originará su trabajo, y que efectúe una operación civil. En este último evento no habrá habido comisión; no se concibe su existencia sin comisionista que la desempeñe, y es evidente que no existirá comisionista si el mandatario no procede mercantilmente. La comisión, como se ha visto, es una de las especies del mandato comercial; faltando este carácter, la comisión desaparece.

"Comisionista de trasporte es aquél que, en su propio nombre, pero por cuenta ajena, trata con un porteador la conducción de mercaderías de un lugar á otro" (artículo 318).

El contrato de trasporte tiene por objeto "conducir de un lugar á otro, por tierra, canales, lagos y ríos navegables, pasajeros ó mercaderías ajenas y entregar éstas á la persona á quien vayan dirigidas" (art. 166).

La confrontación de estos dos preceptos hace ver que la comisión de trasporte no puede ejercitarse en la conducción de pasajeros, sino sólo en la de mercaderías. Esta limitación, respecto del contrato de trasporte, que es extensivo también á los pasajeros, debe tener su origen en la idea ó creencia de que no será nunca necesaria la intervención de un comisionista para la conducción de pasajeros. Debemos sostener que esta creencia es errónea. El envío de trabajadores ó colonos exigirá fácilmente la cooperación de un intermediario. En este caso, el contrato de comisión ¿no es-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

taría sometido á la ley mercantil? Pensamos que el silencio de la ley no puede tener este alcance. Nada se opone á que este mandato participe de la índole de los actos de comercio ni á que sea una verdadera comisión: entonces, debe correr la suerte de dichos actos.

Entre las reglas del Proyecto, no seguidas por el Código, se cuenta la que establecía corredores de trasporte con el derecho exclusivo de hacer el corretaje de todas las convenciones de trasporte por tierra, ríos y canales, sin limitar su intervención á la conducción de mercaderías. El Legislador no ha reconocido más que una clase de corredores, en la cual refundió las varias establecidas en el Proyecto. Al mismo tiempo ha sancionado que cualquiera persona pueda dedicarse al ejercicio de la correduría. Dado el alcance de la innovación mencionada, que ha sido más de método que de fondo, es de creer que la historia fidedigna del establecimiento de la ley confirma á este respecto nuestra teoría.

Es comisionista de trasporte, dice la definición, aquél que trata en su propio nombre, pero por cuenta ajena, la conducción de mercaderías. En la hipótesis de que el comisionista obre en nombre de su comitente ¿no habría comisión, ni el contrato se regiría por el Código de Comercio? En las disposiciones comunes á todos los comisionistas, se lee la del artículo 251, que los autoriza á obrar, ya en nombre propio, ya en nombre de sus comitentes. Parece que esta regla general hubiera sufrido una excepción relativamente á la comisión de trasporte. No obstante, si se advierte que el hecho de tratar el comisionista en su propio nombre es sustancialmente igual para los efectos jurisdiccionales al hecho de que trate á nombre de su comitente, se verá que la operación es una misma, y su naturaleza en ambos casos mercantil, salvo la diferencia de las responsabilidades que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

puedan resultar. En consecuencia, en una y otra operación deben aplicarse los preceptos del Código.

Las *mercaderías* que pueden ser materia del contrato de trasporte no son sólo los efectos que se contengan en almacenes, tiendas, bazares y otros establecimientos semejantes. Entendemos que esta palabra está empleada en un sentido lato, y que comprende, en general, todos los objetos en que se ejercite la función mercantil. y que ordinariamente se encargan de conducir las empresas de trasporte. Así, abrazará los productos de la agricultura, inclusos los animales, llevados á las plazas de comercio ó lugares de consumo, y á los puertos de mar para su exportación. Abrazará del mismo modo todos los objetos que los particulares hagan trasportar de un lugar á otro con el propósito de lucrar con ellos. Siendo mercantil en este sentido el contrato de trasporte, y no exigiéndose, para que tenga este carácter, que sea celebrado con un ánimo especial, ejecutarán acto de comercio ambos contratantes, aunque uno de ellos sólo se proponga en ocasiones realizar una operación mercantil aislada. De esta suerte habrá que hacer pocas distinciones para juzgar con acierto la comisión que pueda intervenir en él, comisión que será casi siempre un acto de comercio.

La comisión para ejecutar operaciones de cambio es uno de los actos mercantiles que menos dudas puede ofrecer para la calificación de su carácter. Será siempre, como el contrato que tiene por objeto ejecutar, acto de comercio. Comitente y comisionista, como tercer contratante, ejecutarán invariablemente una operación de tráfico, porque el giro de letras de cambio es comercial para toda clase de personas, sin excepción alguna y cualquiera que sea el ánimo que se abrigue al estipularlo. La comisión tiene que participar del mismo carácter. De suerte

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que, en esta materia, deben regir siempre una misma jurisdicción y unos mismos principios.

¿Deberán circunscribirse las operaciones de los comisionistas á la compra-venta, trasporte y contrato de cambio, las únicas que especifica el artículo 236? Parece que la ley sólo reconociera las cuatro clases de comisión que acabamos de examinar. Luego veremos, sin embargo, al tratar de la correduría, que la función de estos auxiliares del comercio puede ser más vasta, como lo es en realidad en las costumbres mercantiles, en las cuales es frecuente verlos ocuparse de todo género de transacciones.

Colocada la comisión en el número 4.º del artículo 3.º, después de la compra-venta, á la que se han asignado los números 1.º y 2.º, y ántes del trasporte y contrato de cambio, á que se refieren los números 6.º y 10.º, ha sido naturalmente más fácil examinarla y dar una idea del papel que desempeña, en sus relaciones con el primero de los contratos indicados. Para haber hecho otro tanto con el trasporte y contrato de cambio, habría sido menester adelantar en parte el estudio á que estas dos clases de convenciones puedan dar lugar.

Es mandato mercantil el encargo encomendado á los factores y dependientes, agentes auxiliares y casi siempre indispensables de las operaciones comerciales. «Factor es el gerente de un negocio ó de un establecimiento comercial ó fabril, ó parte de él, que lo dirige ó administra según su prudencia, por cuenta de su mandante; y dependientes ó mancebos, los empleados subalternos que el comerciante tiene á su lado para que lo auxilien en las diversas operaciones de su giro, obrando bajo su dirección inmediata.» (Art. 237).

Basta ver en estas definiciónes cuáles son las funciones que desempeñan los factores y dependientes para con-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vencerse de que el acto que ejecutan en la celebración del mandato y en la prestación de sus servicios es exclusivamente mercantil. Para calificarlo con acierto, no será menester averiguar qué ánimo les haya movido á constituirse mandatarios. Ya busquen una colocación que les proporcione lo necesario para atender á su subsistencia, ú ocasiones en que darse á conocer y probar sus aptitudes, ó una ganancia que les permita hacer economías, siempre y en todo caso el conocimiento de las controversias que se susciten acerca del desempeño de sus obligaciones, inteligencia y duración del contrato, pago de sus salarios, etc., corresponderá únicamente á la jurisdicción comercial. Dedicados á prestar su cooperación al comerciante en las tareas de su giro, celebrarán invariablemente un contrato mercantil bajo todos sus aspectos.

La cooperación de estos auxiliares puede concurrir no sólo en favor del comerciante, sino también en favor de la persona que ejecute una ó varias operaciones accidentales de comercio. Pensamos que el acto participa en este caso del mismo carácter y debe estar sometido á los mismos principios. Es la naturaleza de la operación en que dicha persona interviene la que le imprime su índole especial, sin necesidad de atender á la existencia de una profesión, que no es la verdadera causa generadora de las operaciones mercantiles.

Y esta regla tendrá que aplicarse cualquiera que sea la clase de especulación de comercio en que presten sus servicios los factores y dependientes.

Aunque vulgarmente se llaman factores y dependiente sólo las personas que se emplean en los establecimientos mercantiles más conocidos, como almacenes, tiendas, bazares y bancos, la definición que más arriba hemos transcrito atribuye una gran latitud á las funciones de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

estos auxiliares del comercio, funciones que son extensivas, en general, á todas las negociaciones mercantiles. De esta suerte, el director de una fábrica ó manufactura, los ingenieros ocupados en ella, y todas las personas que coadyuvan á su explotación, el superintendente de un ferrocarril y todos los empleados de la empresa, cualquiera que sea su categoría, estarán sometidos sin excepción al fuero mercantil: todos ellos, al contratar, habrán ejecutado actos de comercio, en éstas como en todas las negociaciones que reconoce como mercantiles el artículo 3.º, ó á que deba atribuirse el mismo carácter, según el contexto y espíritu de la doctrina legal.

Para concluir con el estudio del mandato mercantil, réstanos ocuparnos de la correduría.

«Los corredores son oficiales públicos, instituídos por la ley para dispensar su mediación asalariada á los comerciantes y facilitarles la conclusión de sus contratos» (art. 48). Si se hace abstracción de la investidura del Estado, que acredita á estos intermediarios del comercio, sus funciones casi no se distinguen de las de los comisionistas. Dedicarse á la correduría después de haber sido nombrado en conformidad á las reglas del título 3.º del libro 1.º del Código, es constituirse en verdadero comerciante, sujeto en todos sus actos á la ley mercantil. El corredor oficial no podrá moverse sino dentro del círculo que le traza el título citado, en donde se determinan con precisión sus atribuciones y deberes, y en esto, además de su nombramiento, se diferenciará también del comisionista, á quien será lícito gestionar en un campo enteramente libre. Pero el llevar al comercio, aunque fuese siguiendo la tradición, empleados públicos á quienes puede hacer competencia la industria privada, debía tener sus inconvenientes, que la experiencia se ha encargado luego de demostrar. Puede afirmarse que los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

corredores públicos sólo han existido en la letra de las disposiciones del Código. Y ello es lógico, supuesto que un nombramiento del Presidente de la República no es apto, por su naturaleza, para producir necesariamente el crédito y la confianza en que se fundan las transacciones mercantiles. El hecho cierto es que en Santiago y Valparaíso, que pueden tener hasta ocho corredores oficiales, ha solido raras veces haber uno solo. En esta parte, la ley ha quedado sin cumplimiento: autorizando la correduría privada y libre, ha contribuído á que la corriente de la industria se dirija exclusivamente hacia las operaciones de mandato exentas de las trabas acumuladas en el título recordado.

Notando, sin duda, los inconvenientes que podía oponer á la libertad y expedición de las transacciones la correduría oficial con sus trabas y reglamentación, al disponer nuestro Legislador en el artículo 80 del Código que sólo los corredores titulados tendrían el carácter de oficiales públicos, agregó: "sin embargo, podrá ejercer la correduría cualquiera persona que no se halle incluída en alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo 55", es decir, que no tenga prohibición de comerciar ni menos de 25 años, que no haya sido destituída del cargo, ni condenada á pena aflictiva ó infamante. Así, junto con sancionar la restricción, abría ancha puerta en materia de corretaje á la libertad comercial.

Al reglamentar las atribuciones y deberes de los corredores públicos, el Proyecto comenzaba por reconocer cuatro clases, á saber: 1.ª, corredores de mercaderías; 2.ª de seguros; 3.ª, marítimos; y 4.ª, de trasporte (art. 153). Como ya se ha expresado al hablar de la comisión de trasporte, nuestro Legislador suprimió esta clasificación, estableciendo una sola especie de corredores, en la cual se refundían todas las mencionadas. Esta reforma no

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

significa que dejasen de existir las operaciones de correduría correspondientes á las varias clases establecidas en el Proyecto: quiere decir únicamente que se consideró oportuno seguir otro método, dejando en sustancia subsistentes las mismas disposiciones. Puede verse, en efecto, en el título de la correduría que, junto con las reglas referentes á la compra-venta de mercaderías, y á la negociación de letras de cambio y efectos públicos, se ha tratado de las operaciones que conciernen al comercio marítimo y contrato de seguros, y en general, de todas las operaciones ejecutadas por la mediación de los corredores. Por consiguiente, es claro que el corredor público, del mismo modo que el corredor privado ó comisionista, podrá desempeñar las funciones de mandato que atañan á todas estas diversas especies de especulación, y siempre ejecutará actos de comercio; y que la comisión no está circunscrita á los cuatro contratos enumerados en el artículo 236.

José Alfonso

(Continuará)

RELACIONES RECÍPROCAS ENTRE LA PRENSA Y LA LEGISLACIÓN

(Continuación)

Servicio de los consulados.—El Reglamento Consular dictado en 28 de noviembre de 1860, ordena en su artículo 40 á los agentes de Chile en el extranjero dar aviso al Ministerio de Relaciones Exteriores de los fallecimientos de los nacionales que ocurran y anunciarlo por los diarios del lugar, especificando el nombre, profesión y estado del muerto, el pueblo ó provincia de su nacimiento, domicilio, en Chile ó en el extranjero, tiem-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

po de su residencia en el distrito consular y demás circunstancias que pueden servir á los interesados para hacer las gestiones que les convenga.

Enganche de marineros.—El Reglamento dictado en 19 de mayo de 1868, ordena en su artículo 27 que cada tres meses se pase á la intendencia una razón de las multas ingresadas á la oficina, y que ésta sea publicada.

Lista de precios corrientes.—Un decreto que lleva la fecha de 27 de septiembre de 1850 ordena á los intendentes y gobernadores hacerla publicar mensualmente dentro de sus respectivos distritos.

Privilegios exclusivos.—Las concesiones de estos privilegios deben, según lo establece el supremo decreto de 16 de agosto de 1856, ser publicadas en el periódico oficial.

Constitución Política.—Consigna, por su parte, sobre el particular de que vamos tratando, el importante precepto del artículo 12, por el cual asegura á todos los habitantes de la República la libertad de publicar sus opiniones por la imprenta sin censura previa, y el derecho de no poder ser condenado por el abuso de esta libertad, sino en virtud de un juicio en que se califique previamente el abuso por jurados, y se siga y sentencie la causa con arreglo á la ley.

Según los artículos 88 y 89, es obligación de los Ministros del Despacho, presentar al Congreso, luego que éste abra sus sesiones, la memoria, el presupuesto de los gastos y la cuenta de inversión del departamento que sirven.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Cámaras Legislativas.—Por el artículo 8.º de la ley de 3 de agosto de 1865, que fijó la planta de sus empleados, se determina que «las mesas taquigráficas de ambas Cámaras deberán publicar cada sesión dentro de las veinticuatro horas siguientes á esa misma sesión. Si hubiere inconveniente para la publicación, el redactor de sesiones lo pondrá en conocimiento del Presidente y secretario de la comisión respectiva.»

Ministros del despacho.—La ley de 1.º de febrero de 1837 hace figurar entre las atribuciones del Ministro de Justicia, Culto é Instrucción Pública la redacción mensual del Boletín de las Leyes, y todo lo relativo á imprentas, diarios, periódicos, revisión é introducción de libros ú otros objetos pertenecientes á ciencias ó bellas artes, en el territorio de la República; los socorros, recompensas y pensiones que el Gobierno hallare conveniente conceder á los profesores públicos ó particulares y demás literatos, por los servicios que hubieren prestado en obsequio de la instrucción pública; la clasificación de las leyes por orden de materias, y su publicación en 28 de enero de cada año.

Boletín de las Leyes y Decretos del Gobierno.—Por decreto de 8 de febrero de 1823, se ordenó la creación de este Boletín, para la inserción de los decretos ú órdenes generales, ó que exijan comunicación circular á todos ó algunos de los departamentos ó partidos del Estado.

Este decreto viene precedido de las siguientes consideraciones: «Deseando el Gobierno dar á su administración la publicidad posible á fin de que todos los ciudadanos se hallen en estado de juzgar de sus operaciones; queriendo igualmente que sean manifiestas las tareas de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

los encargados de los diferentes ramos del despacho; y consultando, por último, la más pronta y efectiva circulación de las órdenes generales que expidiere, decreta...» etc.

Por decretos de 3 de junio de 1813, 2 de marzo de 1817 y 16 de septiembre de 1830, se había determinado ya que tuvieran fe oficial las publicaciones hechas por El Monitor Araucano, la Gaceta del Gobierno y El Araucano.

Un decreto de 26 de febrero de 1877, ratifica ese mandato respecto del Diario Oficial.

Otro decreto de 6 de noviembre de 1878 dispone y reglamenta la forma y épocas en que debe aparecer el Boletín de las Leyes.

En 20 de noviembre de 1878, se dictó otro decreto semejante para la Gaceta de los Tribunales.

Propiedad literaria.—Creemos que conviene reproducir íntegramente en este trabajo la ley sobre propiedad literaria de 24 de julio de 1834.

«Art. 1.º Los autores de todo género de escritos, ó de composiciones de música, de pintura, dibujos, esculturas, y, en fin, aquellos á quienes pertenece la primera idea en una obra de literatura ó de las letras, tendrán el derecho exclusivo, durante su vida, de vender, hacer vender ó distribuir en Chile sus obras por medio de la imprenta, litografía, molde, ó cualquiera otro medio de reproducir ó multiplicar las copias.

«Art. 2.º Sus herederos testamentarios y los legítimos gozarán por cinco años del mismo derecho, prorrogables hasta diez al arbitrio del Gobierno; pero si el Fisco fuere el heredero, pasará á ser de propiedad común.

«Art. 3.º Los autores y sus herederos pueden tras mitir sus derechos á cualquiera persona.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

»Art. 4.º El propietario de un manuscrito de una obra póstuma gozará de su propiedad exclusiva por el término de diez años improrrogables, contados desde la primera edición, con tal que lo publique separadamente, y no en una nueva edición de los escritos publicados ya en vida del autor, porque entonces seguirá la suerte de éstos.

»Art. 5.º El poseedor de un manuscrito póstumo que contenga correcciones de una obra del mismo autor, publicada en vida, gozará por diez años improrrogables de su propiedad, siempre que presente dicho manuscrito á la justicia ordinaria dentro del año siguiente al fallecimiento del autor, y pruebe ser legítimo.

»Art. 6.º Los extranjeros que publiquen sus obras en Chile gozarán de los mismos derechos que los chilenos, y si publicadas en otro país hacen en Chile nueva edición, gozarán de iguales derechos por el término de diez años.

»Art. 7.º Las piezas teatrales tendrán además el privilegio de no poder representarse en ningún teatro de Chile sin permiso escrito de su autor ó de sus herederos, durante la vida del primero, y los cinco años concedidos á los últimos.

»Art. 8.º Cuando el autor de una obra fuese un cuerpo colegiado, conservará la propiedad de ella por el término de cuarenta años contados desde la fecha de la primera edición.

»Art. 9.º Los traductores de cualesquiera obras y sus herederos tendrán los mismos derechos que los autores y sus herederos.

»Art. 10. Para entrar en el goce de los derechos concedidos por los artículos anteriores, no se necesita título alguno del Gobierno, y bastará que, depositándose previamente tres ejemplares de la obra en la Biblioteca pública de Santiago, se anuncie en el frontispicio á quién pertenezca.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

»Art. 11. El Gobierno podrá conceder privilegios exclusivos que no excedan del término de cinco años á los reimpresores de obras interesantes, siempre que las ediciones sean correctas y hermosas.

»Art. 12. (Modificado por la lei de imprenta).

»Art. 13. (Derogado).

»Art. 14. Pasados los términos de que hablan los artículos precedentes, toda obra quedará en el concepto de propiedad común, y todos tendrán expedita la acción de negociar con ella como les pareciere.

»Art. 15. Si alguno reimprimiere, grabare, imitare una obra ajena, ó de cualquiera manera contraviniere á las disposiciones de esta ley, podrá el interesado denunciarle ante el juez, quien le juzgará sumariamente con arreglo á las leyes vigentes sobre usurpación de la propiedad ajena.»

Ley de instrucción secundaria y superior.—Declara en el artículo 9.º que corresponde al Consejo de Instrucción Pública:

»Núm. 12. Mantener relaciones con las corporaciones científicas extranjeras, propendiendo al canje de publicaciones.

»Núm. 13. Determinar lo conveniente acerca de la publicación del periódico oficial de la Universidad».

El Reglamento de elecciones universitarias ordena por el artículo 3.º que las convocatorias que según el artículo 2.º deben hacerse por el Rector de la Universidad ó el Decano respectivo, se verifiquen con un mes de anticipación mediante un aviso inserto en el Diario Oficial, expresando el objeto de la elección y el día y hora en que habrá de realizarse.

El Reglamento sobre oposiciones á las clases de instrucción superior ó secundaria, ordena por el artículo 1.º

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que cuando deba proveerse una clase en concurso, el Rector de la Universidad lo haga saber por un aviso que se insertará en el DIARIO OFICIAL.

El artículo 7.º en su miembro final determina que las composiciones escritas entregadas por los opositores serán publicadas en el DIARIO OFICIAL, excepto si los autores pidieren que no se haga así.

BIBLIOTECA NACIONAL.—El reglamento de 8 de agosto de 1861, dispone en su artículo 19, se haga cada mes un estado que deberá publicarse en los ANALES DE LA UNIVERSIDAD, expresando el número de concurrentes á la Biblioteca, y las materias y las obras que se hayan pedido.

OBSERVATORIO ASTRONÓMICO.—El decreto reglamentario de 28 de noviembre de 1864, prescribe al Director por el artículo 6.º, número 3, hacer anualmente las publicación de las observaciones y sus resultados, para lo cual solicitará oportunamente del Supremo Gobierno los fondos necesarios.

Otro decreto de 2 de agosto de 1878, que establece un servicio diario de observaciones meteorológicas, ordena lo siguiente:

"Art. 3.º La publicación de la carta meteorológica, y demás resultados que resuman las observaciones diarias, será hecha en el DIARIO OFICIAL.

"Art. 4.º Los directores de telégrafos del Estado y de la imprenta del DIARIO OFICIAL se pondrán de acuerdo con el encargado de este servicio para los efectos de este decreto."

J. JOAQUÍN LARRAÍN Z.

(Concluirá)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN EXTRANJERA

LEGISLACIÓN CIVIL BOLIVIANA [1]

ADVERTENCIA

La sociedad, estado natural y necesario de la vida humana, es la fuente de los derechos y de los deberes que sus miembros tienen entre sí. Unos y otros constituyen la base de la existencia del hombre, el medio racional dentro del cual cumple su destino perecedero, y son así los dos términos cuya activa influencia explica y justifica, la *cooperación* común, ó sea, el vínculo moral y jurídico que le une á los demás hombres.

La ley los consagra garantiendo, en el orden político, la libertad, la igualdad, la seguridad; en el orden civil, la familia, la propiedad, las sucesiones, las transacciones; y de esta manera, ya mirando al cuerpo social, ya á los individuos que lo componen, estatuye y regla *la armonía de las relaciones obligatorias*, que es la sintética expresión del DERECHO.

Este atributo, inherente al hombre, comienza en el seno materno, y sólo se extingue en la tumba. De consiguiente, la vida humana significa goce contínuo de derechos y satisfacción de deberes exigibles, desde que el uso de la razón y de la voluntad hace al sujeto consciente y libre.

(1) El señor Terrazas, actual ministro diplomático boliviano cerca del Gobierno de Chile, y vocal de la Corte Suprema de su país, ha tenido á bien ofrecer á la REVISTA el presente trabajo, que sinceramente le agradecemos, y que nos proporciona la ocasión de dar á conocer un resumen de la legislación civil de Bolivia, cuya comparación con la chilena despertará, sin duda, un vivo interés en nuestros lectores.—*Nota de la Dirección.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Importa, pues, en alto grado, el conocimiento, ya que no detallado y completo del sistema legal adoptado en el país para la determinación y distribución de los derechos, lo cual supone estudios profesionales; á lo menos, de los grandes principios sobre que estriban los intereses y las relaciones diarias de los ciudadanos. Esos principios traducidos en preceptos, forman la contextura general de la legislación civil boliviana, y para discernirlos y penetrarlos, basta el buen sentido. Con tal conocimiento, ahora peculiar á los legistas, adquirirán todos, en las diversas clases de la sociedad y sin distinción de sexos, la aptitud necesaria para prevenir, por juicio propio, los ataques al derecho ajeno, para demandar acertadamente el oportuno amparo de la justicia y para evitar temerarios pleitos, fomentados de ordinario por la improbidad ó el empirismo de sus defensores.

Bajo tales propósitos ha sido concebido este trabajo, que contiene: la teoría elemental de la ciencia del Derecho; la exposición sustancial del régimen civil establecido en la República; la competencia asignada á los juzgados y tribunales por la Ley de Organización judicial y el resumen de trámites que, según el actual sistema de enjuiciamientos, deben ser observados en el ejercicio de la jurisdicción contenciosa y voluntaria.

DERECHO CIVIL

NOCIONES PRELIMINARES

§ 1.°—Naturaleza del derecho

El hombre, considerado en sí mismo y como miembro de la sociedad, tiene que llenar el fin correspondiente á su naturaleza, el cual consiste en la perfección gradual y progresiva de sus facultades físicas, intelectuales y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

morales. Para conseguirlo, necesita emplear los medios ó las condiciones que á él conducen, así como para llegar al término de una jornada le es preciso atravesar la distancia que le separa del punto de partida.

Estas condiciones son, unas, independientes de la voluntad del hombre, y suministradas tan sólo por la naturaleza, tales como los elementos indispensables para la vida material, el aire, el agua, la luz; y otras, dependientes de la voluntad humana y que deben ser prestadas por la actividad individual ó social de los demás hombres, por ejemplo, la educación de los hijos, por sus padres; la seguridad de la persona y de la propiedad, por el poder público.

Sólo las condiciones *voluntarias* ó *libres* constituyen Derechos; de modo que se define el Derecho *como una de las condiciones dependientes de la voluntad humana, necesarias al desarrollo y perfeccionamiento del hombre.* El derecho presenta así, como cualidad esencial, la relación de un individuo con otros de su especie, en virtud del principio de *sociabilidad*, ó sea, el conjunto de los vínculos que unen á los hombres, emanados de las leyes providenciales de su Creador.

Derecho y *justicia* son voces sinónimas respecto á su objeto, porque ambas envuelven el mismo sentido, consistente en el bien humano. Mas pueden distinguirse, en cuanto el Derecho es la condición misma de este bien, y la justicia el *acto* de suministrar esa condición. Un hombre tiene necesidad de que se le presten los medios de su desenvolvimiento físico é intelectual; posee derechos: los demás hombres están obligados á proporcionarle dichos medios, á hacerle justicia, á ser justos con él.

La *moral*, lo mismo que el *derecho*, tiene también por objeto el bien del hombre, pues comprende todas las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

condiciones de su desarrollo capaces de producirlo; pero se diferencian ambas nociones: 1.º en que el bien moral es absoluto, y las obligaciones que impone se refieren al mismo que las practica y dependen enteramente de la buena intención y la pureza de los motivos; entretanto que las obligaciones de derecho se refieren á nuestros semejantes, y no están subordinadas á la intención, y deben ser cumplidas, cualesquiera que sean los motivos determinantes; 2.º las acciones morales dimanan exclusivamente de la espontánea voluntad del individuo, al paso que las obligaciones jurídicas son exigibles mediante coerción, es decir, por el empleo de la fuerza, pues si un hombre es libre para privarse de los medios de su propio desarrollo, no lo es para negarlos á los demás hombres.

El Derecho es esencialmente personal, porque tiene por fundamento y por fin la persona, el hombre; y si también se refiere á las cosas, no es sino en cuanto éstas son medios materiales para la realización del Derecho. Tales medios son ú objetos del mundo exterior que el hombre puede transformar con su actividad y servirse de ellos, ó *acciones* propiamente dichas, esto es, condiciones suministradas por el espíritu y la inteligencia, como la instrucción, la educación, etc.

§ 2.º—Manifestación del Derecho

El Derecho se manifiesta de dos maneras: por la costumbre y por la ley.

La *costumbre* es la expresión instintiva y espontánea de las necesidades individuales y sociales, que se satisfacen á virtud del uso común y constante, el cual la ha hecho obligatoria. Por esto se llama también *derecho no escrito.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Cuando esa manifestación tácita del Derecho es comprendida por la razón pública, determinada y formulada positivamente por un poder social constituido, entonces toma la denominación de *Ley*. La Ley es, pues, la regla de las acciones del hombre, establecida por la autoridad competente, con el fin de imponer á los individuos la obligación de hacer ó no hacer ciertas acciones, bajo la amenaza de alguna pena. El mandato de la ley mira siempre á lo futuro y nunca tiene efecto retroactivo (artículo 2.º del Código Civil). Éste es su carácter más importante. Por tanto, no puede la ley destruir ni menoscabar los derechos adquiridos, que son los que se han incorporado entre nuestros bienes, y recibido, como tales, el sello de nuestra personalidad; por ejemplo, los que emanan de un contrato, de un testamento ó de una sucesión abierta bajo el imperio de una ley determinada. El conjunto de las leyes constituye el *Derecho escrito*.

La fuerza obligatoria de la costumbre depende de su antigüedad y está librada á la apreciación de los tribunales. La de la ley depende de su promulgación (art. 1.º del Código Civil; 74 de la Constitución).

§ 3.º—Distinción de las leyes

Las leyes se distinguen, por razón de la intención con que han sido dictadas, en *imperativas*, *prohibitivas* y *permisivas*. Las primeras prescriben la ejecución de un hecho ó de una acción; tal es la ley que ordena al padre educar y alimentar á sus hijos. Las segundas prohiben un hecho ó una acción; por ejemplo, la ley que prohibe contraer segundo matrimonio, subsistiendo el primero. Cuando la prohibición recae sobre hechos que atacan la moral pública ó el orden social, se denominan leyes penales, porque van acompañadas de una pena, que es la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sanción de estas leyes. Las terceras, sin mandar ni prohibir, otorgan la facultad de hacer ó no hacer uso de un derecho, como la ley que autoriza el matrimonio, ó la adopción, sin hacerlos obligatorios.

Con relación al objeto, se dividen las leyes en *personales*, que reglan el estado y la capacidad de las personas, y *reales*, que estatuyen el estado y la calidad de los bienes ó cosas.

Las leyes personales obligan á todos los que, por el nacimiento ó la naturalización, son miembros de la nación, cualquiera que sea el lugar en que se encuentren; pertenece á esta clase la que fija la minoridad (art. 195 del Código Civil).

Las leyes reales clasifican los bienes en *muebles* é *inmuebles*. Los muebles, por su naturaleza, siguen á la persona á quien pertenecen, por cuya razón los rige la ley del país en que se encuentran. En cuanto á los inmuebles, forman parte del territorio, por no ser trasportables de un lugar á otro, y constituyen uno de los elementos de la soberanía nacional. Están, por tanto, sujetos á las leyes del Estado, cualesquiera que sean la nacionalidad y la condición del poseedor (art. 3.º del Código Civil).

§ 4.º—Derecho civil teórico.—Derecho civil práctico

El Derecho civil *teórico*, que también se denomina *sustantivo*, determina las relaciones privadas de los individuos entre sí, fijando para cada uno lo que puede exigir de los demás, en virtud de las leyes civiles. El Derecho *práctico*, llamado asimismo *adjetivo*, regla la instancia de los derechos que, según esas leyes, pertenecen á un hombre; establece los medios por los cuales pueden ser ejercidos, y traza la vía que se ha de seguir ó el proce-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dimiento que se ha de emplear para hacerlos efectivos. En otros términos, el Derecho práctico es la aplicación del Derecho teórico á las especies ó casos particulares.

El Derecho civil se ocupa de las personas, considerándolas en todas las situaciones de la vida, es decir, según fuere el *estado* ó la capacidad bajo la cual gozan de ciertos derechos y están sujetos á ciertas obligaciones. Así, en el estado natural, los califica como nacidos y por nacer; varones y mujeres; mayores y menores; capaces é incapaces; y en el estado propiamente civil, como nacionales y extranjeros; presentes y ausentes; casados y solteros; independientes y dependientes; legos y clérigos.

Además, el Derecho civil recae igualmente sobre las cosas, señalando el modo de adquirirlas, poseerlas y trasmitirlas, á fin de encerrar el goce de la propiedad dentro de los límites de lo justo, é impedir la usurpación de ajenos derechos. Y como la vida social engendra necesarias y frecuentes relaciones entre los asociados acerca de sus recíprocos intereses, se obligan también á dar ó hacer alguna cosa, por actos voluntarios llamados *contratos*, que la ley autoriza, normándolos mediante condiciones y formas destinadas á asegurar sus efectos.

Lo expuesto deja conocer los objetos sobre que versa el Derecho civil: son las personas, las cosas, las obligaciones convencionales y las vías judiciales ó *gestiones jurídicas*, bajo cuyo amparo son reconocidos y consagrados los derechos.

El presente compendio abrazará lo más sustancial é importante, en cada uno de dichos objetos, para su práctica utilidad.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN PRIMERA.—DE LAS PERSONAS

Capítulo Primero.—De los instrumentos del estado civil

El origen, así como todas las faces importantes de la vida de los individuos, deben ser acreditados de una manera regular y uniforme, tanto por interés público, como por interés particular. De allí provienen los instrumentos denominados del *estado civil.*

Se distinguen cuatro especies de estos instrumentos, cuales son: de nacimiento, de adopción, de matrimonio y de muerte. Sin embargo de su carácter meramente *civil,* pues conciernen á la estadística de la población y á los derechos privados de sus miembros, el primero y los dos últimos se hallan todavía á cargo de los curas que los registran en los libros parroquiales, conforme á los preceptos de la Iglesia, haciendo la misma fe que los instrumentos públicos (art. 179 del Pr. C.) Sólo la adopción debe celebrarse por escritura otorgada ante notario (artículo 575).

La ley prevé el caso en que es necesario rectificar los instrumentos del estado civil é indica la manera de hacerlo (arts. 45 y 46 del Código Civil).

Capítulo II.—Del goce de los derechos civiles

El estado civil de una persona comprende los derechos que resultan de la fijación del domicilio, de las relaciones de parentesco y de conyugio, de las cualidades inherentes al sexo, á la edad y á la constitución física ó moral, de la capacidad requerida para figurar en los actos que constituyen la vida social.

Los derechos civiles consisten en las ventajas resul-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tantes del parentesco y el conyugio, de la adopción, de la legitimación y de la sucesión; en la facultad de disponer por testamento, de ser testigo en los instrumentos; en la de comparecer en juicio ante los tribunales.

El goce de estos derechos no depende, como en otros países, de la calidad de ciudadano nacional, necesaria tan sólo para los derechos políticos (arts. 33 y siguientes de la Constitución); los tiene todo hombre, en Bolivia, como atributos esenciales á su naturaleza, y los ejerce con arreglo á la ley civil (art. 19 de id.)

Capítulo III.—Del domicilio

(Arts. 47 á 54 del Código Civil)

Todo individuo tiene deberes que llenar y derechos que ejercer en la sociedad, y no puede hacer lo uno y lo otro sino por medio de instrumentos y de magistrados. ¿En qué lugar han de celebrarse los primeros y ser invocados los segundos? Es natural que sea en el lugar de la principal habitación del interesado. Por consiguinte, es preciso que la ley, además de ordenarlo, fije la manera de conocer esa principal habitación, declarando lo que le caracteriza.

El *domicilio* es el lugar en que una persona ha establecido su morada, el centro de sus negocios, el asiento de su fortuna; el lugar de donde no se aleja, sino con el deseo y la esperanza de volver á él, cuando la causa de su ausencia hubiese cesado.

El domicilio de todo boliviano, en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles, está, pues, en el lugar de su principal establecimiento.

El domicilio difiere de la residencia, que es el lugar en el cual se encuentra una persona habitualmente, aunque no tenga la intención de establecerse allí. Ante la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ley es el lugar en que una persona habita de una manera permanente, con relación á sus derechos y obligaciones, sin que, tratándose de aquéllos ó de éstas, sea necesaria su presencia.

El domicilio civil es general ó especial. El primero se extiende á todos los derechos y obligaciones de la persona; y el segundo no es aplicable sino á ciertas relaciones jurídicas, al cumplimiento de una obligación determinada (art. 837 del Código Civil; 27 de la Organización Judicial).

El domicilio general regla la competencia de las autoridades, de los funcionarios ministeriales y de los tribunales para la defensa de los derechos ó para la ejecución de las obligaciones de una persona. Proviene de la ley ó de un hecho particular. En el primer caso, la ley determina para ciertas personas, de modo absoluto, el lugar en que se presume estar su habitación permanente. Ejemplo: los jueces y magistrados inamovibles, en los lugares en que deben llenar sus funciones; las mujeres casadas, en el domicilio de su marido; los menores no emancipados, en el de su padre, etc. En el segundo caso, el domicilio se determina por el hecho del establecimiento de una persona en cierto lugar, con la intención de fijar en él su morada. Si habita indistintamente en diferentes parajes, su domicilio está en el lugar de su principal establecimiento.

El domicilio especial resulta igualmente de la ley ó de la voluntad de las partes. La traslación de domicilio de un lugar á otro es facultativa; se opera por el cambio de residencia, unido á la intención de efectuarlo. La residencia sola, por larga que sea, nada prueba si no va acompañada de voluntad. La manifestación de la intención resulta, sea de una declaración expresa de la municipalidad del lugar que se deja y de aquel al cual se tras-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

lada el domicilio (1); sea, á falta de este requisito, de la interpretación de las circunstancias contemporáneas ó posteriores á la traslación.

Capítulo IV.—De la ausencia

(Arts. 55 á 83)

La ley protege al boliviano, aun cuando las eventualidades del comercio, de los viajes ó de la guerra, le tengan alejado de su domicilio.

En el lenguaje común se llama *ausente* á aquel que está fuera de su domicilio, aunque se sepa donde se encuentra; pero en el lenguaje del Derecho, tal calificación se aplica al que ha dejado su domicilio y cuya existencia ha llegado á ser incierta, porque se ignora absolutamente su residencia.

La ley proporciona la protección que acuerda á los ausentes, á la probabilidad más ó menos grande de vida ó de muerte que resulta de la ausencia más ó menos prolongada y sin noticias, pero sin considerarla por eso como muerte.

La ausencia se divide en tres períodos. En el primero, á la desaparición ó después de las últimas noticias, el que ha desaparecido es calificado simplemente *ausente presunto*, y no se adoptan, respecto de sus bienes, otras medidas que las precisas, sin preocuparse aún del interés de los herederos. En el segundo, es decir, pasados algunos años, cuyo número varía según que el ausente ha dejado ó no apoderado, los herederos toman, á título de

(1) La intervención de la municipalidad (en vez de la *policía*, designada por el artículo 49 del Código Civil) se infiere de la representación vecinal de aquel cuerpo, la cual correspondía á las intendencias bajo la Constitución de 1831, en cuya virtud tiene la facultad de formar el censo real y *personal* de su circunscripción (art. 126, atribución 6.ª de la Constitución vigente), necesitando para ello conocer el movimiento de la población.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

administración, posesión provisoria del patrimonio de aquél, después de haber provocado y obtenido la *declaración de ausencia.* En el tercero, en fin, cuando esta administración ha durado muchos años, la ley presume que el ausente ha muerto. Por consecuencia, autoriza á las personas interesadas, y en especial á las que tienen la posesión provisoria, á hacerse poner en *posesión definitiva* de los bienes del ausente; pero no obstante los actos de propiedad que derivan de esta calificación, el ausente ó sus legítimos herederos tienen siempre el derecho de reivindicar su patrimonio en el estado en que se halle.

Capítulo V.—De la edad y el sexo

La edad y el sexo tienen sobre la condición de los individuos una influencia legal cuya naturaleza y extensión se explican y justifican por sí mismas.

La minoridad es el estado de incapacidad fundado sobre la insuficiencia de las fuerzas físicas y de las facultades intelectuales del hombre; dura hasta los 21 años cumplidos (art. 195 del Código Civil). Tiene dos grados: en el primero, el menor es considerado absolutamente incapaz de conducirse por sí mismo y de administrar sus bienes, por cuya razón está sometido á un tutor ó curador (arts. 219 á 257). En el segundo caso, que acaba por la emancipación, el menor adquiere la libertad de su persona y la simple administración de sus bienes, quedando para lo demás sujeto á la asistencia de un curador y á los requisitos establecidos para los menores no emancipados (art. 252).

La edad origina otras consecuencias especiales: el hijo concebido es capaz de heredar; el hombre á los 14 años cumplidos, y la mujer á los 12, pueden contraer matrimonio, testar, y ser adoptados; á los 15 años, pue-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de el menor ser emancipado por su padre, y á los 18, si quedare sin padre; mientras dura la minoridad, es inhábil para el cargo de albacea y de tutor, excepto si fuere el padre, la madre ó el hijo nombrado por éstos; está exento del apremio corporal en materia civil. El mayor de 50 años tiene la facultad de adoptar; llegando á 60, puede excusarse del desempeño de una tutela, y desde los 70, tampoco es pasible de apremio corporal.

Si para sus intereses privados, puede la mujer disponer y contratar como el hombre, no llena funciones civiles ni judiciales, á no ser la tutela, la curatela y el albaceazgo en ciertos casos (arts. 230, 3.°; 261; 607). Es también capaz para desempeñar el mandato en toda especie de negocios y constituirle respecto de los suyos; pero no puede figurar como testigo en los instrumentos públicos ni en los testamentos, sino únicamente ante la justicia, sea en causa civil ó criminal, pues no se trata entonces más que de comprobar un hecho. En cuanto al apremio corporal, por estelionato y otros motivos de coerción civil tampoco tiene lugar contra la mujer casada «que vive de consuno con su marido» (artículo 1411).

Capítulo VI.—Del matrimonio

(Arts. 88 á 143)

El fundamento de la familia es el *matrimonio*, que se define: «La sociedad del hombre y de la mujer unidos para perpetuar su especie, ayudarse por socorros mutuos á sobrellevar el peso de la vida, y compartir su común destino». En los pueblos civilizados el matrimonio es una institución solemne y esencialmente perpetua, en cuanto á sus fines.

Las cualidades y condiciones requeridas para contraer matrimonio son las siguientes:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El hombre debe tener, á lo menos, 14 años cumplidos, y 12 la mujer, pues que en esa edad son respectivamente considerados púberes.

Siendo el matrimonio un contrato (á la vez que un sacramento entre los católicos) es preciso que los contrayentes sean capaces de discernimiento y puedan manifestar su voluntad; así, los impúberes, el imbécil, el demente son inhábiles para casar. El consentimiento ha de estar, además, exento de coacción grave y de error sustancial, como es el cambio de una persona por otra.

Los esposos deben ser solteros ó viudos. En cuanto á la mujer viuda, es menester el transcurso de un año, para que pueda pasar á segundas nupcias.

Las órdenes sagradas mayores y el voto solemne de castidad anulan el matrimonio.

El hijo que no ha cumplido 25 años, y la hija que no ha llegado á los 23 no pueden casar sin el consentimiento de su padre, ó si éste ha muerto ó es incapaz de manifestar su voluntad, con el de la madre, en cuyo caso basta que tenga el primero 24 años y 22 la segunda. Si ambos padres han fallecido ó son inhábiles para dar su consentimiento, son reemplazados por los abuelos paternos, y en su defecto, por los maternos, si el varón no ha cumplido 23 años y 21 la mujer. La necesidad de la anuencia de los padres ó ascendientes se funda en su amor, en su experiencia y en la incertidumbre de la razón de sus jóvenes hijos.

Á falta de padres y abuelos, ó cuando se encuentran en imposibilidad de manifestar su voluntad, es necesario el consentimiento de los curadores, y no habiéndolos, del juez de domicilio, si el varón no tiene 22 años y 20 la mujer.

Los hijos y descendientes naturales se hallan sujetos á

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

este requisito, de la manera establecida para los legítimos.

El parentesco y la afinidad obstan al matrimonio; así en línea recta, está prohibida entre todos los ascendientes y descendientes; en línea colateral lo está hasta el cuarto grado inclusive, computado conforme á las reglas de la Iglesia. Sin embargo, los obispos pueden dispensar este impedimento, desde el segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad transversal.

La publicidad es otra de las condiciones relativas á la celebración del matrimonio. El fin de las moniciones es advertir, en tiempo oportuno, de los óbices que pudieran anularlo. Ellas deben ser tres, hechas por el párroco y preceder al matrimonio, salvo legítima dispensa.

Hay otros impedimentos llamados *dirimentes*, porque estorban la unión conyugal; y, contraída, destruyen sus vínculos, tales son: el de homicidio y de adulterio del primer cónyuge, cometidos con la esperanza ó la promesa de casarse con el sobreviviente; el rapto de la mujer, si ésta prestó su consentimiento para el matrimonio, sometida á la coacción del raptor, y todos los demás óbices establecidos por la ley civil y la eclesiástica.

Puede suscitarse oposición al matrimonio por aquellos cuyos derechos personalmente adquiridos ó cuya autoridad fuesen desconocidos. En tales casos, se suspende su celebración mientras el juez respectivo resuelva sobre el particular.

El párroco del domicilio de ambas partes ó de una de ellas es el competente para la celebración del matrimonio, bajo su doble papel de notario del contrato y ministro del sacramento, debiendo asistir al acto, para su validez, á lo menos, dos testigos.

Los esposos se deben mutuamente fidelidad, socorro de sus personas y de su fortuna en sus comunes necesi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dades, y asistencia con sus cuidados personales. El marido debe protección á la mujer, y ésta, obediencia á aquél; de donde resulta, para la mujer, la obligación de habitar con su marido y seguirle donde él juzgue conveniente residir; y para el marido, la de recibir á su mujer y suministrarle, según sus facultades, todo lo necesario á su subsistencia. Dimana también de allí la necesidad de la licencia marital, y en su defecto, de la autorización del juez, para la mujer que quiere contratar ó estar en juicio civil, fundada en el mutuo interés de los dos esposos.

Siendo el matrimonio institución de Derecho público, la nulidad de que puede estar afectado por falta de solemne publicidad, es demandable por los mismos esposos, en razón de su estado clandestino; por los padres y abuelos, á causa de haberse eludido ó quebrantado su oposición, y por todos los que tienen en ello un interés actual, así como por el ministerio público. Las buenas costumbres y el reposo de las familias exigen imperiosamente que no se violen las leyes sobre el matrimonio.

El matrimonio se disuelve sólo por la muerte de uno de los esposos.

Capítulo VII.—Del divorcio

(Arts. 144 á 159)

El *divorcio*, que es la separación de cuerpo y de bienes, entre los esposos, dejando subsistente el vínculo conyugal, puede ser demandado, por adulterio de cualquiera de ellos, así como por excesos (actos violentos que ponen en peligro la vida), por sevicia (malos tratamientos habituales) ó por injurias graves que el uno infiere al otro. Estas causales, como puntos de hecho,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

quedan sometidas á la apreciación del juez, según fuere la condición de las partes.

El divorcio no se obtiene sino después de tres tentativas de conciliación ante el juez eclesiástico, que es el competente para la causa, efectuadas en el término de un año. Sus principales efectos son dispensar á los esposos del débito, dar lugar á la separación de los bienes matrimoniales (art. 629 del Pr. C.) y privar al cónyuge culpable del derecho de suceder al otro cónyuge.

La mujer puede entonces tener domicilio propio y distinto del marido, recobrando la administración de sus bienes; pero continúa sometida á la licencia marital para todos los casos en que la ley la requiere.

Capítulo VIII.—De la paternidad y la filiación

(Arts. 160 á 179)

El matrimonio origina, en la vida normal de la sociedad, la paternidad y la filiación, dos hechos correlativos sobre los cuales reposan las relaciones naturales y legales que unen á los descendientes con los ascendientes de uno y otro sexo.

La paternidad no debía quedar incierta, pues mediante ella se perpetúan y se distinguen las familias. Á falta de un signo evidente é infalible sacado de la naturaleza para reconocerla, y siendo necesario obtenerlo, á fin de que la sociedad se mantenga al arrimo de la sucesión cierta de los individuos y de los bienes, se ha consagrado la presunción que resulta de la fe prometida entre los esposos y de su cohabitación consiguiente al matrimonio.

La paternidad puede ser natural y civil, ó solamente natural ó civil.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Es natural y civil, respecto de los hijos nacidos en matrimonio, los cuales se denominan *legítimos.*

Es meramente natural, en cuanto á los hijos cuyo nacimiento no autoriza la ley, y éstos son los *ilegítimos.*

Es puramente civil, respecto á los hijos *adoptivos.*

En virtud de la presunción de paternidad que deriva del matrimonio, el hijo concebido durante él, tiene por padre al marido. La ley supone, en efecto, por una parte, la cohabitación del marido, anterior no sólo al nacimiento, sino también á la concepción del hijo; y por otra, la fidelidad de la mujer. Por tanto, la regla es inaplicable, toda vez que haya sido imposible la cohabitación entre los esposos, pues que entonces cede á la prueba manifiesta de la inexistencia de causa generatriz.

El marido puede negar al hijo en los dos casos siguientes: 1.º, si justifica que en los 120 días anteriores al nacimiento de éste, estuvo en la imposibilidad de tener acceso con su mujer, sea por ausencia ó por efecto de algún accidente; y 2.º, si la mujer fuese culpable de adulterio y ocultase el nacimiento del hijo, cuyos hechos deberán ser igualmente acreditados.

Pero en ninguna hipótesis puede apoyarse sobre la impotencia natural del marido el desconocimiento del hijo nacido durante matrimonio.

Sería inmoral que aquél que determinó casarse, se llame inhábil para el fin principal del matrimonio, aparte del escándalo y la incertidumbre que entrañaría la prueba de semejante alegación.

El marido tampoco puede negar al hijo nacido antes de los 180 días siguientes á la celebración del matrimonio, si éste no fuese viable, pues no tiene para ello ningún interés, y la incapacidad de vivir hace presumir un parto prematuro. Pero en el caso contrario, viene á ser evidente que la concepción del hijo fué anterior al ma-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

trimonio; el marido puede entonces negarlo, á menos que hubiese sabido la preñez antes del matrimonio, cuyo hecho implica el reconocimiento de la paternidad.

No debiendo quedar incierto el estado de las personas, la acción del marido debe ser ejercida en un término riguroso fijado por la ley.

La filiación de los hijos legítimos se establece por el registro parroquial de nacimiento, ó en su defecto, por la posesión constante de estado, así como por testigos ó por papeles domésticos.

Á los hijos nacidos fuera de matrimonio, se les distingue en *naturales* y *espurios*.

Hijo *natural* es el que tiene por padres á dos personas que pudieron casarse libremente y sin dispensa en el tiempo en que fué concebido. *Espurio* es el habido de personas que no podían contraer matrimonio entre sí, por estar casadas con otra, por su parentesco ó afinidad, ó por su estado clerical emanado de órdenes sacras ó de profesión religiosa. El primero se llama *adulterino*, el segundo *incestuoso* y *sacrílego* el tercero.

Entre los hijos espurios y los naturales, hay esta diferencia: los primeros no pueden ser reconocidos y, de consiguiente, tampoco pueden ser legitimados, ni tienen derecho á la sucesión de sus padres, sino únicamente á los alimentos durante su minoridad; este derecho cesa aun antes, cuando se les ha hecho enseñar un arte ó profesión que baste á su subsistencia (art. 497). Los hijos naturales, al contrario, pueden ser legitimados por el matrimonio subsecuente de sus padres y madres, y obtener todos los derechos de hijos legítimos, siempre que fueren legalmente reconocidos antes ó después de su celebración.

Sin embargo, unos y otros están autorizados para indagar la maternidad, que es un hecho cierto, excepto si se refiere á mujer casada, mientras vive su marido, así

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

como para acreditar, mediante la prueba ordinaria, el parentesco materno.

El reconocimiento de los hijos naturales puede hacerse: en el libro parroquial firmando la partida de bautismo el padre ó la madre, ante el cura ó su delegado y dos testigos; en instrumento público; y en testamento legal. Este acto surte sus efectos solamente respecto del que lo practica; los cuales consisten en el derecho de alimentos y en el de sucesión, parcial ó plena, según los casos determinados por la ley.

Capítulo IX.—De la adopción

La *adopción* ha sido instituída para consolar á las personas sin hijos, ó á las que los han perdido. Es un acto solemne que debe ser revestido con el sello de la autoridad pública (art. 575, Pr. C.), por el cual el adoptado, sin cambiar de familia, adquiere los derechos de filiación civil respecto del adoptante.

Se distinguen dos especies de adopción: la adopción *graciosa*, que tiene los caractéres de una pura liberalidad de parte del adoptante, y la *remuneratoria*, hecha por el mismo, con el fin de acreditar su reconocimiento al adoptado que le hubiese salvado la vida en un combate, en un incendio ó en cualquiera otra situación de grave peligro.

La adopción graciosa está sometida á diferentes condiciones que conciernen unas al adoptante y otras al adoptado.

MELCHOR TERRAZAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

BRASIL.—O DIREITO, de Río de Janeiro, volumen XLI, correspondiente al último cuatrimestre de 1886. Los artículos doctrinales que registra se refieren á materias de Derecho Internacional Privado, Derechos Criminal y Electoral.—Nuestro ilustrado amigo y corresponsal en Río de Janeiro, el doctor don Affonso Celso Junior, diputado de la provincia de Minas-Geraes, ha tenido la amabilidad de remitirnos las siguientes publicaciones: 1. MANUAL PARLAMENTAR, 1 volumen, 330 págs., recopilación oficial, que contiene el Reglamento Interior de la Cámara de Diputados brasileña; el del Senado; el de ambas Cámaras reunidas; la Constitución Política del Imperio, y las principales leyes orgánicas políticas, administrativas y judiciales de aquella nación. —2. QUESTIONS DE L'ESCLAVAGE AU BRÉSIL, 1 op., 16 págs.; discursos pronunciados en la Cámara de Diputados, el 15 de septiembre de 1886, por el señor Junior, traducción francesa de *L'Étoile du Sud*, de Río de Janeiro. Estos discursos formulan y desarrollan una interpelación dirigida al presidente del Consejo de Ministros, barón de Cotegipe, sobre la verdadera condición de los esclavos del Imperio, desde que la ley de 28 de septiembre de 1885 les fija una fecha precisa para entrar en el goce de la libertad: ¿permanecen esclavos, en la rigurosa acepción de la palabra, ó han pasado al estado de *statu-liberi*? Hé aquí el comienzo del primer discurso, que en sí mismo se recomienda por el calor, la energía y el entusiasmo del orador en defensa de la libertad humana. «El orador no se presenta á despertar con el clarín del combate los ecos silenciosos de la arena parlamentaria, en que se han librado recientemente tantas luchas encarnizadas entre la libertad y la esclavitud. El fin que se propone es dilucidar algunos puntos controvertidos de la actual legislación servil, determinar geodésicamente, por decirlo así, el terreno de la última reforma. Puede considerarse como tomada ya la Bastilla de la esclavitud: bien que sobre sus almenas en ruinas, cimentadas con la sangre y las lágrimas de varias generaciones, no flote todavía libremente la bandera de la abolición; bien que se haya preferido parlamentar con la guarnición de preocupaciones y viles intereses que la defienden, á demolerla de un golpe para echar en su sitio purificado las semillas de la regeneración;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

bien que se haya aplicado al país, en lugar de un depurativo enérgico que le hubiese limpiado en un solo acto del virus inmundo que la roe y envilece, el débil emoliente de la ley de 28 de septiembre de 1885, la verdad es que asistimos á la agonía de la esclavitud, que conviene abreviar en lo posible, porque mientras anime un soplo de vida á esta fatal institución, infestará el medio moral y económico de la patria. Y todavía, una vez muerta, será menester emprender una nueva cruzada, más ruda quizá, cuyo fin es liquidar el inmenso inventario de miserias dejadas por ella, extirpar del alma de la nación sus raíces profundas, pues la esclavitud se asemeja á un enorme pólipo de mil ramificaciones, que abrazan y manchan todas las cosas y todas las instituciones.» Felicitamos al elocuente orador por sus calurosas arengas (1), y le enviamos nuestro sincero reconocimiento por sus atenciones.

BIBLIOTECA DE LA "REVISTA FORENSE CHILENA,,

Vol. I.—Comentario de siete títulos del Código Civil (títulos preliminar y I á VI del Libro I), por don Juan Antonio de Armas.

Se han publicado las entregas 8.ª y 9.ª, que comprenden hasta la página 288.

La Dirección

(1) Según declaró el barón de Cotegipe, la esclavitud durará aún catorce años en el Brasil.

Imp. Cervantes, Bandera 73

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO II Santiago, 1.° de abril de 1887 NÚM. 11

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Sobre la conducta que deben guardar los jueces y magistrados en su vida pública y privada, por don Eduardo Alonso y Colmenares.—Notas Editoriales: El Congreso Jurídico Español, reseña de sus trabajos: legislación costaricense.—Comentario del Título preliminar y del Título I del Libro I del Código de Comercio (continuación), por don José Alfonso.—¿Subsisten en nuestra actual legislación las disposiciones legales españolas relativas al afrontamiento de los presuntos adúlteros? por don Paulino Alfonso.—Relaciones recíprocas entre la prensa y la legislación (conclusión), por don José Joaquín Larraín Z.—Legislación civil boliviana (continuación), por don Melchor Terrazas.

SOBRE LA CONDUCTA QUE DEBEN GUARDAR los jueces y magistrados en su vida pública y privada (1)

SEÑORES:

Cumplo penosamente el deber de dirigiros mi voz desautorizada, por la triste necesidad de evocar el recuerdo de un suceso infausto, que no se apartará de vuestra memoria un solo instante. Velada con fúnebres crespones conservamos aún la imagen de aquel esclarecido monarca, en cuyo nombre administrábamos la justicia al comenzar el último año judicial. Inescrutables designios providenciales nos privaron de su preciosa existencia, traspasando con dolor profundo el corazón de seres amantísimos, y llenando de luto y desolación la patria que le vió nacer, y para la cual tantas glorias conquis-

(1) Discurso leído por el Excmo. é Iltmo. señor don Eduardo Alonso y Colmenares, presidente del Tribunal Supremo de Madrid, en la solemne apertura de los Tribunales, celebrada en 15 de septiembre de 1886.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

taron y tan legítimas esperanzas de prosperidad y de grandeza hicieron concebir sus altas y relevantes prendas.

Por fortuna, la Infinita Sabiduría, que comparte con equidad pasmosa los bienes y los males, no permitió que esta nación desgraciada pasara por los horrores de la anarquía, fácil producto de tamaña desventura, y nos concedió una reina magnánima, cuyos talentos y voluntad firmísima para el bien son prenda segura de dicha y bienandanza, y un vástago insigne que, nutrido al calor amoroso de su excelsa madre, sabrá en su día fortalecerse en la ejemplaridad de sus actos y marchar con seguro paso por la senda desembarazada y franca que le trace para conducirle á iguales nobilísimos resultados.

Uno de los auxiliares más poderosos para obtenerlos será, sin duda, la justicia, con la cual se consolidan las instituciones, se afianzan la libertad y el orden, y se hacen posibles el progreso, la cultura y la sociedad misma. Sin la justicia, según la feliz expresión de un distinguido magistrado, ni hay religión, ni se concibe el mundo, porque la justicia es Dios, magnífica ponderación de las inspiraciones divinas con que el hombre nace inclinado á observar los preceptos de la moral en que los principios naturales se fundan.

La práctica de la vida demostró, sin embargo, que aún siendo innato el sentimiento de la justicia, las acciones humanas tendían frecuentemente á desconocerlo. Y surgió de aquí la creación de instituciones protectoras y principalmente de la judicial, encargada de mantener la observancia de las leyes y de amparar los derechos por ellas definidos. La incontrastable autoridad de este poder, revelada por sus atributos esenciales, demuestra la gravedad inmensa de las funciones que le son peculiares y la eficacia de los medios con que debe garantirse su ejercicio.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Recordaréis, señores, que el año próximo pasado tuve el honor de exponeros mis ideas en orden á la responsabilidad judicial, aceptándola en su mayor extensión, por consideraciones poderosas, entre las cuales descollaba la de que, una vez obtenido el beneficio de la independencia para juzgar, se imponía la responsabilidad como correlación indeclinable. ¿Qué pueden temer, en efecto, los que fallan satisfaciendo las exigencias del saber y de la conciencia y, por tanto, con la certidumbre de no haber violado la ley á sabiendas, ni, al aplicarla, incurrido en negligencia ó ignorancia inexcusables? Nada ciertamente: antes por el contrario, se regocijarán de que se hayan deducido querellas, útiles solamente para acrisolar el mérito de sus resoluciones.

Cuanto más tiempo trascurre, mayor arraigo toman y más profundo convencimiento imprimen en mi alma tales ideas. ¡Cómo no mantenerlas y corroborar cuanto entonces expresé, si de las conclusiones en su virtud sentadas derivo el asunto que en este día me propongo desenvolver, y sobre el cual me permito llamar muy especialmente vuestra ilustrada atención!

Los encargados de administrar justicia ¿llenamos los deberes que la santidad de nuestra misión augusta nos impone, limitándonos á salvar nuestra responsabilidad personal, ó es indispensable, además, que hagamos resplandecer, amar y venerar la institución judicial por la práctica constante y sincera de la virtud en todos los actos de nuestra vida pública y privada?

Ancho campo abre á nuestra investigación el examen de los deberes morales á que están sujetos los funcionarios que, en el desempeño de variadas atribuciones, concurren á la dispensación de la justicia.

No he de recorrerlo todo, ya que los estrechos límites de un discurso no lo consienten. Me contraeré á lo que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

conceptúo digno de preferente estudio, no porque entienda ser necesario recomendar el cumplimiento de lo que jamás fué desconocido ni olvidado, sino para demostrar que, así como no queremos sustraernos á la responsabilidad personal del más insignificante de nuestros actos, tampoco excusamos la solemne proclamación de nuestras complejas, difíciles y permanentes obligaciones. Así, no podrá negársenos por los más apasionados malquerientes que las justas resoluciones judiciales engendran la gran perseverancia, la santa abnegación y los penosos sacrificios que exige el cabal cumplimiento de nuestro espinosísimo encargo.

La vida privada de los funcionarios de la administración de justicia casi no existe; tal es la relación íntima que con la pública establece y no puede menos de estrechar, ya que la virtud de la justicia es indivisible y reviste tal carácter de universalidad, que no permite distinción alguna entre acciones ejecutadas, por la diferente esfera de acción en que se verifiquen. Las ofensas que en el hogar doméstico se causen á la moral ó á las buenas costumbres, no pueden encerrarse en él como en un santuario impenetrable: forzosamente reflejarán en la vida pública, del propio modo que el sol, después de ponerse, reverbera en el horizonte, iluminándolo con el tinte más encendido de su luz deslumbradora.

Séame lícito, señores, repetir lo que en ocasión semejante há largo tiempo declaré: que si nuestra antigua legislación, por enaltecer la figura de los ministros de la justicia, retratando con vivos colores la respetabilidad de su carácter, y no por la necesidad de sus encarecimientos, enumeró nimia y prolijamente ciertos actos en ellos reprobables, en su misma prolijidad se descubría una semblanza edificante y honrosa, que todos aspiramos á merecer, para gozar de la consideración pública, que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sólo se alcanza siendo acabados modelos de circunspección y de templanza, de rectitud y de saber.

"No puede ser juez, dijo el sabio rey don Alfonso, el que sea de mala fama ó hiciere cosa por que valiese menos, porque non sería derecho que el que fuese á tal que juzgase á los otros." Y este concepto elocuentísimo, reproducido en textos posteriores, se consignó en nuestra ley orgánica vigente, que hubo de prevenir, no obstante su improbabilidad, todo hecho que comprometiese el decoro del ministerio judicial, ó hiciese desmerecer á sus autores en el concepto público, como lo sería la observancia de una conducta viciosa, de un comportamiento poco honroso, de una habitual negligencia.

Recordemos las elocuentes palabras aquí pronunciadas por uno de los más dignos magistrados que han ocupado este sitial, para expresar cuán dañoso á la institución judicial consideraba que administrasen justicia los que, faltando á lo que se deben á sí mismos y á la clase á que pertenecen, se manchasen con vicios intolerables, cuando por su profesión y funciones eran llamados á ser ejemplos de moralidad, de severidad y de compostura.

No conozco ni presumo que exista funcionario alguno de la administración de justicia á quien, por la inmoralidad de su vida privada, deba considerarse incapacitado para administrar justicia rectamente. ¿Habría nada más repugnante que ver ocupado en aplicar las leyes y en corregir á los demás, al hombre de mala voluntad que cometiese los mismos hechos que en otros reprimiera? ¿Cómo había de ser juez para dirimir discordias de familia ó disenciones conyugales quien fuese mal padre ó mal esposo? ¿Cómo corregiría los desórdenes del vicio y del audaz quebrantamiento de todo respeto social, quien se entregase desatentadamente á la disipación y á la crápula, sin cuidarse de su carácter y de sus funciones pú-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

blicas? En la carrera judicial no caben seres tan degradados.

Al llenar nuestras graves atenciones, nunca debemos olvidar que, siendo la justicia humana necesariamente imperfecta, hemos de inspirarnos en la divina, que es perfectísima y eterna, que impone la conservación del orden moral, y que, según se explica y confirma por medio de la revelación, además de los beneficios ya indicados, produce la paz, que es el bien más preciado de las familias y de los imperios. Por esto se ha dicho en las Sagradas Letras que la justicia y la paz se besaron, y que así como en la justicia se encierran todas las virtudes de los buenos gobiernos, en la paz se contienen todas las felicidades que de ellos se derivan.

Muy distinguidas y señaladas dotes han de reunir, por tanto, los que conquisten el tesoro inapreciable de la paz. El libro de la Sabiduría las sintetiza expresando que lo alcanzan los jueces que son justos y procuran que lo sean los demás, y los que tienen sentimientos dignos de la bondad de Dios, de su providencia, de su sabiduría y de su justicia. En bellísimos conceptos, la ley de Partidas corroboró la síntesis sagrada, declarando que los jueces deben ser de buen linaje *para aver vergüenza de non errar*, de buen entendimiento, *para entender ayna lo que razonaren ante ellos*, e sesudos, *para saberlo departir e juzgar derechamente*... e sufridos, *para non se quexar ni se ensañar con las boces de los querellosos de manera que non ayan a decir de palabra, ni a fazer de fecho como contra ellos, que les esté mal... e fazer a cada uno de los que vinieren a su juycio, justicia e derecho, e ser firmes, de manera que se non desvien del Derecho, ni de la verdad, ni fagan contrario por ninguna cosa, que les pudiesse ende avenir, de bien ni de mal.*

Para ser justos es indispensable, ante todo, practicar

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la cardinal virtud de la fortaleza, con cuya posesión se vencen cuantos obstáculos se opongan al cumplimiento de nuestros deberes. El varón justo de Horacio y de la filosofía estoica era cabalmente aquel que nada temía y más constancia mostraba en su valor y entereza, y bien puede asegurarse que tal modelo de energía se desprendió de las sacratísimas palabras con que el Divino Autor de la religión verdadera condenó el temor, la flaqueza ó la debilidad que conducen al abandono de la verdad y de la justicia, declarando bienaventurados á los que sufrían persecuciones por asegurarlas. ¡Cuán cierto es que no debe ser juez quien no tenga valor para penetrar en las iniquidades y reprimirlas, sin reparar en obstáculos, ó para declarar derechos que la razón abone, por más que á su consagración se oponga la voluntad de los poderosos!

Pero no basta ser firmes para ser justos: otras muchas condiciones han de reunirse para conseguirlo. Si ha de hacerse justicia al menesteroso, al huérfano y al humilde, que son seguramente los más necesitados de atención y de defensa, es forzoso aborrecer la avaricia, y resistir hasta llegar al heroísmo, si tanto fuere menester, la imposición de las muchedumbres y las exigencias del poder y del valimiento.

Reconocida universalmente la probidad de la magistratura española, no necesito analizar los diversos medios, las influencias varias que pueden emplearse para extraviarla, quizá para corromperla, ni admitir la oportunidad de recordar con Plutarco la forma en que se creaban y exponían las imágenes de los jueces, ó la hipérbole sangrienta con que Anacarsis censuraba las leyes de Solón. Ofender esa pureza inmaculada fuera dudar del horror con que todos, absolutamente todos cuantos la componen, contemplan á los descreídos, que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

consideran posible la conservación de sus miras aviesas ó vergonzosas por el uso de dádivas ó promesas, capaces, en su sentir, de cegar á los hombres y de hacerles perder ó abandonar el camino de la justicia.

Cabalmente por la indómita altivez y por la justificación de la magistratura, inaccesible siempre á todo linaje de corrupciones, viene acudiéndose de mucho tiempo acá, al empleo de otro recurso que, en fuerza de haberse indiscretamente extendido de un modo pernicioso, debo mencionarlo para rechazar su pretendido influjo. En un país como el nuestro, tan inclinado á la crítica mordaz en que con tanta facilidad se hace pasto de la murmuración ó de la maledicencia hasta lo más venerable y santo, se ha erigido en costumbre el sistema de recomendar todo asunto, sea puramente judicial ó de otra clase, como si el parentesco, la amistad, el compañerismo ó el afecto pudiesen inclinar en ningún sentido la balanza representativa de la justicia.

No hay, en verdad, palabras bastante acerbas para excecrar á quien admita la existencia de jueces que no reparen en favorecer á una parte en perjuicio de otra, incurriendo así en la más calificada de las alevosías, que consiste en abusar del derecho de decidir, resolviendo contra ley los negocios sometidos á su fallo. El inmortal Homero, en su famosa Ilíada, abominó á esos alevosos, diciendo que Júpiter se irritaba contra los que, sin respeto á los dioses, osaban abusar en los Tribunales de la autoridad que les estaba confiada, pronunciando sentencias injustas. ¿No han pensado alguna vez aquellos insensatos en que la mera hipótesis de que jueces justificadísimos desprecien los fundamentos de resoluciones justas, y con frívolos pretextos, se empeñen en favorecer el triunfo de la amistad ó del capricho, equivaldría á la de una iniquidad despiadada? No: los magistrados,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que tienen exacta idea de lo justo y de lo injusto, jamás ceden á presiones de ningún género, vengan de donde vinieren, porque para prevaricar se requiere un alma depravada, que si, por desgracia existe, será de tan excepcional manera como existen seres monstruosos ó extraordinariamente deformes.

El efecto que á todos os producirán las recomendaciones que, acaso, se os dirijan con dolorosa frecuencia, se templa con vuestra reflexiva frialdad. La recomendación es siempre ofensiva para los que la recibís, porque supone que sin ella no sostenéis el derecho escrito con el vigor que presta el cumplimiento de vuestro deber: podría también ser funesta para quien la promueva, si vuestra imperturbable actitud no lo estorbara, puesto que la voluntad es una potencia ciega que precipita en los mayores extravíos cuando no la dirige ó ilumina una inteligencia esclarecida.

Opongamos, con nuestra glacial indiferencia, valladar infranqueable á la intemperante costumbre de que me ocupo: mantengámosnos á la altura de nuestra misión, único medio de gozar la felicidad que brinda una conciencia tranquila; y hagámoslo así, señores, aún cuando se trate de leyes rígidas ó excesivamente severas.

El sabio autor de *El Espíritu de las Leyes* entendía que los jueces no eran más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no podían moderar su fuerza ni su vigor, aun siendo demasiado rigurosas; de donde infería que, cuando las leyes fuesen duras, debían también serlo los encargados de aplicarlas. Y no se equivocó ciertamente, al tomar este concepto de la expresiva primera carta de San Pablo á los Romanos, en la cual decía que la ley estaba sobre el criterio de los jueces, y éstos debían juzgar según ella, cualquiera que fuese, aún pareciéndoles dura ó imperfecta;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que de imperfección adolecía siempre la ley humana, sólo por serlo, y en su consecuencia, que los jueces debían alcanzar el mayor grado posible de rectitud é ilustración para ayudarla, y, en su caso, suplirla; nunca para corregirla, como abusivamente hacían los pretores.

Las invectivas que, llenándonos de amargura, se dirigen á veces contra la justicia, en general, por los que no saben distinguir la dureza é imperfección de la ley y los efectos naturales de su inexcusable aplicación, las rechaza victoriosamente todo espíritu desapasionado; pero, calculad, señores, á donde llegaría la censura á que están sometidos nuestros actos, si con una legislación incoherente ó absurda coincidiesen la deficiencia ó ineptitud de los encargados de aplicarla.

Hoy, más que en los tiempos en que se proclamó aquella verdad inconcusa, es preciso ajustarse á las prescripciones estrictas de las leyes en su práctica y diaria aplicación, por lo mismo que á la conciencia jurídica se ha confiado la apreciación de los medios probatorios utilizados para demostrar los hechos y sus circunstancias en materia penal. Suprimidos los grados de conocimiento antes existentes, y limitado el número de jueces llamados á resolver toda clase de procesos, el voto divergente de uno solo, emitido quizá sin perfecta convicción de su procedencia, acaso respondiendo á exageradas pretensiones de escuela, ó cediendo á mal entendidas consideraciones de benignidad ó de clemencia, daría lugar á la injusticia, toda vez que ese voto impeditivo de la literal aplicación de la ley, conduciría inevitablemente á la designación de una penalidad menos calificada en la graduación establecida.

Por más que se afirme lo contrario, no es creíble que ciertas disposiciones de nuestro vigente enjuiciamiento envuelvan deliberadas tendencias de imposibilitar, ni si-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

quiera de dificultar, la imposición de la más irreparable de las penas; mas éste sería el resultado cierto de no prestar acatamiento á la misión judicial, que no es arbitraria, que no es legislativa, que no puede rebasar los límites de la aplicación legal, sean los que fueren los términos y el rigor de sus prescripciones. No hay juez alguno que, sintiéndose sin el valor, sin la persistente firmeza que su cometido reclama, no evite el falseamiento de la justicia absteniéndose de intervenir en su administración.

Deslindados como están el carácter y las funciones judiciales de un modo perceptible y claro, ninguna dificultad presenta la moderación del excesivo rigor de los preceptos legales por los medios establecidos para mitigarlos. No consisten, ciertamente, en la modificación de tales preceptos por los fallos de los Tribunales; manteniendo la rígida observancia de las leyes y prescribiendo su ejecución inmediata, pueden éstos representar al Gobierno la enmienda ó ampliación de la ley y la dispensa ó conmutación de la pena.

De esta suerte se mantiene el equilibrio de los poderes públicos en su desembarazado ejercicio, y se llega á la desaparición de todo rigorismo extremado. La Corona, haciendo uso de la más preciosa de sus prerrogativas constitucionales, y el Poder Legislativo reformando las leyes rigorosas, lo consiguen sin entorpecer al Poder Judicial en la inflexibilidad con que debe aplicarlas según las encuentre concebidas. Entender de otro modo las facultades de los Tribunales, sería romper esa relación armónica é invadir las atribuciones de otro Poder, con todos los peligros de semejantes invasiones, entre los cuales se destacaría la inconveniencia de que el Judicial, que tan celoso mantenedor de las suyas debe mostrarse siempre, dentro de su salvadora independencia, viniera

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

á ser el iniciador de instrucciones que nuestro sistema político repugna y la causa pública abiertamente rechaza.

¡Ah, señores! ¡Qué peligrosa y contingente es nuestra posición oficial! Las cualidades más relevantes, la mejor intención, la austeridad más rígida de los administradores de la justicia, se falsearían si no se prestase al estudio y penetración de los negocios una exquisita y pertinaz atención. Sin dejarme arrastrar por un optimismo imposible, comprendo que si los magistrados y jueces llegan hasta donde pueden en el estudio de sus resoluciones, casi siempre lograrán que éstas resplandezcan por su rectitud é ilustración; de los invencibles errores humanos, no es posible á nadie verse libre absolutamente.

Permítaseme reproducir un pensamiento emitido en este mismo sitio, pocos años hace, por el eminente jurisconsulto, entonces como ahora Ministro de Gracia y Justicia: la máquina mejor montada, presupone la inteligencia y actividad del artífice que ha de manejarla, dijo, refiriéndose á la máquina judicial y á sus artífices, los funcionarios encargados de administrar justicia. Y decía bien: porque no basta ingresar en la carrera judicial, creándose con ella una posición segura y ventajosa; es de todo punto indispensable redoblar el estudio y no cuidarse de obtener ascensos por medios extraños á pruebas incesantes de progresos en el saber, en la imparcialidad y en la eminencia de servicios prestados dentro de la carrera emprendida. Más que el logro de elevadas posiciones, debe llenar de satisfacción el merecimiento que las produzca, digno de galardón por lo mismo que se trata de cargos muchas veces incompatibles con la tranquilidad de la conciencia, frecuentemente comprometida, si no se pone el mayor empeño en determinar, con la posible seguridad de acierto, los sagrados derechos de los particulares y de la causa pública.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El Rey Sabio exigió, en su inmortal Código de las Partidas, que los jueces tuviesen sabiduría para *juzgar los pleytos derechamente por su saber ó por uso de luengo tiempo.* Esto es, cabalmente, lo que hoy constituye una de las más salientes, delicadísimas cualidades de los jueces, y también lo que explica la doctrina jurídica y la jurisprudencia en que se sienta y corrobora, haciendo comprensible, para especiales deducciones, el distinto carácter que revisten estos medios de llenar las deficiencias legales; la doctrina depurada por el trascurso del tiempo es objetiva, y en tal concepto desvanece los juicios extraviados y consolida las opiniones fundadas en la razón y en la equidad, al paso que la jurisprudencia, variable y susceptible de enmienda y progresiva perfección, presenta una fisonomía puramente subjetiva, que la priva de la eficacia y constante subsistencia de la ley y de la doctrina jurídica.

Infiérese de esta fundada distinción, que no debe fallarse ciegamente por resoluciones anteriores, pronunciadas en casos más ó menos idénticos ó semejantes. El reflexivo Bacón negó al entendimiento humano la comprensión de todos los hechos ocurridos durante el trascurso de algún tiempo y dedujo la necesidad de interpretar las leyes extensivamente, pero sin torcerlas, y antes bien considerando que la consecuencia no admite derivaciones, y en su virtud, que debe fijarse un límite para otros hechos parecidos ó semejantes. Toda resolución precedente, siquiera sea por el temor de que adolezca de vicio ó error merecedores de subsanación posterior, debe ser objeto de examen detenido y meditación profunda, si no ha de servir de incentivo á la negligencia para consultar científicamente lo que en cada caso corresponde disponer ó declarar. No cabe desconocer que la impericia y la negligencia son las principales fuentes de la in-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

justicia, y que sólo es dable libertarse de la primera por medio del estudio de los hechos fundamentales y del derecho escrito relativo, y de la segunda, por el amor al trabajo, que facilita el cumplimiento de los deberes más arduos. ¿No creéis conmigo, señores, que el mejor tribunal será aquel que más esclavo de la ley y de la doctrina jurídica se muestre?

Con las relacionadas precauciones, y otras que no menciono, se obtendrá el éxito apetecido en la casi unanimidad de las resoluciones judiciales. Á ello concurrirán poderosamente circunstancias bien conocidas, aunque no en todas partes igualmente practicadas. En los Tribunales colegiados es altamente necesario que los magistrados de su dotación se consideren recíprocamente de tal modo, que se ofrezcan á los demás como ejemplo perenne, no sólo del amor que se debe al prójimo, sino de la atención y mutuo respeto á que nunca puede faltarse, señaladamente entre los que tienen por único fin la justicia. Identificados por móviles tan poderosos, se desenvolverá eficacísimamente el espíritu de rectitud, y cada uno aportará su talento, su ilustración y su laboriosidad sin suscitar rivalidades ni envidias, origen fecundo de prevenciones y enconos, y se asegurará el acierto en lo que sea verdaderamente justo, estrechándose la concordia y el afecto entre compañeros unidos por un mismo sentimiento, el de realizar deberes sacratísimos.

Á esta feliz inteligencia contribuirá, sin duda, el buen orden en la discusión y votación de las sentencias, á cuyos actos nunca debe llegarse mientras todos los que hayan de adoptarlas no conozcan completa y profundamente los asuntos respectivos, para lo cual, aun contando con el estudio especialmente confiado á los ponentes, pueden utilizar dentro del término legal el tiempo que necesiten para penetrar cuantas dificultades ofrezcan, pre-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

parándose á emitir un juicio seguro. Llegado el momento de la discusión, deben exponerse con amplitud y claridad las opiniones de todos los concurrentes, y los fundamentos legales y morales en que se apoyen, cuidándose muy cautelosamente de que el interés individual, que es muy suspicáz, no se aperciba de las discusiones y votaciones: el prestigio y la pureza de la institución judicial se oponen decididamente á que se quebrante la reserva de sentencias acordadas, ínterin de ellas no se haga publicación formal. Ni en previsión del juicio de responsabilidad, se conceptúa necesario expresar si las resoluciones se adoptaron por mayoría ó unanimidad de votos, porque libre de ella quedará quien, no habiendo concurrido con el suyo á constituir acuerdo, lo hubiese escrito en el correspondiente libro, lo cual será resultado de la imposibilidad de llegar á un asentimiento común, ó de evitar la pugna de criterios divergentes en lo sustancial de los fallos.

No me incumbe realmente, y aun siéndome lícito no lo haría, examinar si el sistema de acordar y publicar las sentencias, vigente en la actualidad, es acertado y merece conservarse. De temer es que el principio de publicidad, proclamado en nuestro novísimo enjuiciamiento, se avenga mal con el secreto mantenido en esta importante parte del juicio, así como que los adelantos científicos de la época, y con ellos la opinión pública, no se satisfagan con que en todos los órdenes del organismo jurídico no se den á conocer las razones en que fundaron su opinión los que la emitieron oponiéndose á la del mayor número. Dejándose arrastrar por este sentimiento, algunos hombres pensadores exponen ya los métodos que contemplan más adecuados para satisfacerlo; mas al paso que unos entienden ser suficiente remedio la extensión y publicación de los votos particulares á continuación de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

las sentencias, otros, más radicales, llevan sus pretensiones al extremo de exigir que toda clase de resoluciones sea pública. No me permitiré expresar cuál de estos procedimientos me parece más aceptable: me limito á consignar que si el secular, aún en práctica, pudiera no llenar las exigencias fundamentales del enjuiciamiento establecido, acaso la adopción del primero de los métodos apuntados, podría ser poderoso incentivo para el estudio y eficacísimo afianzamiento de la justicia.

Aquí debiera poner término á mi enojosa tarea; pero, si bien á riesgo de abusar de vuestra benevolencia, voy á permitirme agregar á las consideraciones expuestas, algunas, muy pocas, á que me brinda la solemnidad de este acto, el más á propósito para protestar contra graves é injustificadas imputaciones que, con harta frecuencia, suelen lanzarse sobre la administración de justicia.

Todos sabéis que, como garantía contra el desbordamiento de las pasiones, como medio de evitar los abusos y desórdenes á que esas pasiones arrastran, se buscó la severa y fría intervención de la autoridad judicial en ciertos actos políticos, y singularmente en los electorales. Y era natural que así sucediese, si había de realizarse lo que el príncipe de los oradores romanos consideraba, en uno de sus magníficos aforismos, propio de los magistrados que, siendo representantes legítimos de todos los intereses sociales, tienen el deber de conservar la gloria, el esplendor, el decoro y la dignidad de la nación, de guardar y hacer observar las leyes y de impedir su quebrantamiento, depurando y destruyendo los medios concertados para ello, aun los más sutiles y cautelosos: honrosa intervención que fía á la reconocida y acrisolada rectitud de la magistratura el triunfo de la verdad en la expresión del sufragio, aunque sea causa determinante

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de aquellas censuras con las cuales se intenta labrar su desprestigio.

No me refiero, como véis, á la participación activa que en los primeros tiempos de nuestra era constitucional tomaban los jueces en el éxito electoral, bien por el fundado temor de violentas separaciones, favorecidas por la amovilidad de sus cargos, bien porque los gobiernos los convirtieran en agentes y solicitadores de votos, ó les exigieran la ejecución de otros actos igualmente vituperables. Hoy que la inamovilidad es un hecho y que los gobiernos no se permiten significar, ni aún indirectamente, sus deseos electorales, los jueces saben que, si como ciudadanos gozan de los imprescriptibles derechos consignados en la ley política, como funcionarios públicos deben usar de ellos con la circunspección y parsimonia prescritas en la orgánica del Poder Judicial, que sólo consiente la emisión del voto personal.

Y cuando se acata ésta como todas las leyes referentes á aquella intervención, ¿en qué se funda la fácil suposición de que la administración de justicia se deja influir por la política y se pone á disposición de los gobiernos para llenar torcidos fines, cometiendo graves abusos de autoridad? El colmo de la insensatez y de la injusticia es, en verdad, admitir como general el predominio de la debilidad ó de la mala fe y el desprecio de todo deber, por espíritu de partido, por complacencias indebidas, ó por esperanzas de medro. No he de ser, sin embargo, apasionado en mis protestas, ni por tanto negar que pueda presentarse algún aislado caso de flaqueza, hasta de verdadera delincuencia, por parte de jueces indignos de serlo: cuando el Redentor del mundo contó algún desleal entre los pocos elegidos para difundir la doctrina de la Iglesia cristiana, no habíamos de aspirar á vernos libres de tan horrible impureza.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Pero los actos de una desdichada individualidad, ¿pueden dar carácter á una institución y á todos los elementos personales de que se sirve para hacerla práctica y sensible? No; no es tolerable que la excelencia de una colectividad se haga depender de la conducta de un solo individuo: contra tan indebida manera de calificar á respetables clases del Estado debe pronunciarse la opinión, no sólo en sus manifestaciones públicas, sino en la denuncia ó revelación de todo hecho merecedor de corrección ó enmienda. ¿Quién más interesado en exigir responsabilidades que los Tribunales establecidos para hacerlas efectivas, por motivos poderosos, entre los cuales se cuentan el de su propio decoro y el de su crédito y estimación moral? Si á la cuidadosa solicitud con que procuran llenar este deber, se une el concurso imparcial de cuantos se interesen por el mayor lustre de los poderes públicos, el intemperante afán de formular sordas censuras ó inconsideradas y falsas generalizaciones se habrá conjurado.

En suma, señores, ni en materia política, ni en materia común, puede faltarse cuando se obra á impulsos de la moral y de una conciencia escrupulosa. Inspirémonos, como hasta aquí, en móviles tan eficaces, rindiendo ferviente culto á estrechos, pero gloriosísimos deberes, y tened la seguridad de que jamás llegaremos á la desconsoladora situación en que se halló el Profeta, que apenas descubrió en Jerusalén hombres amantes de la verdad, y aptos, por consiguiente, para administrar justicia. En ninguno de nuestros Tribunales han de faltarnos magistrados de probidad é ilustración que honradamente la practiquen. Contad, por el contrario, con que siendo, como firmemente creo que es, el mejor estado de un pueblo aquel en que se presta ciega obediencia á la ley y á la autoridad legítimamente constituida, para nosotros está

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

próximo el día en que, si se pregunta quién impera en España, pueda contestarse como en Esparta: *Leges, ac secundum leges Magistratus.*—He dicho.

(De la Revista General de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, septiembre de 1886)

NOTAS EDITORIALES

EL CONGRESO JURÍDICO ESPAÑOL

RESEÑA DE SUS TRABAJOS (1)

La sesión inaugural fué celebrada el 27 de noviembre de 1886. La siguiente fué la Mesa del Congreso.—*Presidente honorario*, el señor Ministro de Gracia y Justicia, *Presidente efectivo*, don José de Carvajal, presidente de la Real Academia de Jurisprudencia, iniciadora del Congreso. *Vice-presidentes*, don Federico Castro, don Manuel Durán y Bas, don Joaquín Gil Berges, don Claudio Moyano, don Francisco Pisa Pajares y don Vicente Romero Girón. *Secretarios*, los señores García de la Lastra, Gil y Robles, Martínez Asenjo, secretario general de la Real Academia, y Torres Campos. *Comisión de conclusiones*, los señores Ferrer, Gamazo y Montero Ríos. *Comisión de publicaciones*, los señores Morales, García Alonso, Rodríguez de la Barbolla, Rolland y Maluquer y Salvador.

(1) Extractamos estos datos de las relaciones publicadas sobre las sesiones de este notable Congreso, que ha puesto en tanto relieve la cultura jurídica española, en las revistas de Derecho llegadas de España y Portugal en los últimos meses. Muchas de las memorias que contienen los dictámenes de los ponentes y las enmiendas presentadas, que han sido publicadas por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, nos han sido remitidas de Madrid por nuestro distinguido amigo don José Maluquer y Salvador. En el número 4 del presente tomo dimos una noticia sobre este asunto, páginas 194 á 196.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El señor Alonso Martínez, Ministro de Gracia y Justicia, manifestó en un breve, sentido y elocuente discurso, que la gloria de la reunión de este Congreso correspondía á la Academia de Jurisprudencia y á la Comisión organizadora, á las que felicitaba por su grandioso pensamiento. Hizo notar la relación de herencia entre los antiguos Concilios y los modernos Congresos científicos, iniciados hace medio siglo en Alemania, definidores éstos y aquéllos de los dogmas de su tiempo. Manifestó que la aspiración de toda su vida era llegar á la codificación del Derecho civil español, expresando que esperaba del concurso del Congreso Jurídico y de las Cortes el que, cada uno en su esfera propia, contribuyeran á que fuese un hecho la existencia del Código Civil, que tantos beneficios había de reportar á la patria.

Celebráronse las demás sesiones en 29 y 30 de noviembre, 1.º, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11 y 13 de diciembre.

Los dictámenes presentados por los ponentes como bases de discusión fueron trabajos notables, y algunos de ellos magistrales, por su doctrina y la vasta ilustración de la materia. La discusión, decía el señor Maluquer y Salvador á *O mundo legal e judiciario* de Lisboa, rayó á grande altura científica y fué en extremo interesante.

«Este Congreso, como decía el mismo señor Maluquer y Salvador en esa correspondencia, ha demostrado, ante todo, que no es en España tan impotente la iniciativa privada que no haya sido posible imitar en este punto el ejemplo de Italia, Alemania, Suiza, Holanda y otras naciones. No es menos digno de alabanza también el hecho de haber sido proscrita de sus debates toda pasión política. En las discusiones, al lado del ideal jurídico fijado por catedráticos y jurisconsultos, han marcado el sentido de la realidad los que se dedican á las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

diversas profesiones que la realización del Derecho exige. Por último, si no alcanzó la forma sobria y severa en extremo de los juristas alemanes, ha llevado ventaja en este punto al notable Congreso Jurídico nacional de Roma, cuyo presidente procuró en vano, al principio, que se acomodaran los discursos al tiempo reglamentario y se discutiera un tema en cada sesión.

«El Congreso Jurídico de Madrid ha sido importante complemento de los regionales convocados en Barcelona y Zaragoza, y los especiales de Notarios, Mercantil y de Registradores de la propiedad, y superior en importancia al celebrado en 1863. *Tal vez sea preparación de un Congreso internacional de jurisconsultos de los países hispano-americanos*, que es uno de los ideales que se propone la Asociación de abogados españoles, iniciada en la primera sesión del Congreso y aprobada por unanimidad en la última que se celebró.»

Las conclusiones formuladas por los señores Montero Ríos, Gamazo y Ferrer, que habían de ser votadas nominalmente por los individuos del Congreso, y que fueron al intento circuladas impresas, las publicamos á continuación conjuntamente con los temas respectivos.

TEMA PRIMERO

Estructura más apropiada para un Código Civil Español.—Distinción formal entre leyes obligatorias y leyes supletorias.

PRIMERA. Ha llegado la oportunidad de que se proceda en España á la codificación del Derecho civil.

SEGUNDA. En caso afirmativo, es aceptable el método del proyecto del Código Civil de 1851.

TERCERA *(antitética de la anterior)*. Es preferible el método de dividirlo en seis libros relativos á las personas y su capacidad jurídica, derechos civiles con relación al estado de familia, derechos con relación á los bienes, derechos con relación á las prestaciones, derechos por ocasión ó causa de muerte, derechos por causa de lesión.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

CUARTA *(antitética de las dos anteriores).* Es preferible el método de dividir la materia en cinco libros que respectivamente traten de las fuentes del Derecho Civil, del sujeto del Derecho Civil, de su objeto, del hecho jurídico y de la justificación de las relaciones jurídicas.

QUINTA. La codificación del Derecho Civil debe tener por objeto su unificación nacional.

SEXTA. En caso afirmativo, es compatible con la unificación el dejar á la libre voluntad de los interesados la conservación de algunas instituciones jurídicas actualmente forales.

SÉPTIMA *(antitética de las dos anteriores).* Debe hacerse la codificación de las legislaciones forales, además de la codificación de la legislación castellana.

OCTAVA *(antitética de la 5.ª y 6.ª).* El Código Civil que se redacte habrá de tener fuerza como derecho supletorio en las regiones forales.

TEMA SEGUNDO

Caso de subsistir en España varias legislaciones civiles, cómo debe aplicarse á las relaciones de unas con otras la doctrina de los estatutos.

PRIMERA. Para las aplicaciones del Derecho Civil foral se considerarán aragoneses, catalanes, navarros, vizcaínos y mallorquines:

A. Los nacidos en las provincias de Aragón, Cataluña, Navarra, Vizcaya y Baleares, de padres naturales de las mismas.

B. Los nacidos en las provincias indicadas, de padres extraños á las mismas, si residiesen en ellas hasta la mayor edad.

C. Los nacidos fuera de las provincias referidas, de padres naturales de ellas, si trasladan su domicilio al territorio foral y residen allí durante diez años, por lo menos. La mujer seguirá la condición de su marido, y la conservará durante su viudez.

La cualidad y consideraciones del aragonés, navarro, catalán, vizcaíno ó mallorquín, sólo se perderá por declaración expresa y auténtica del interesado; pero en este caso, la mujer conservará los derechos que hubiese adquirido, con arreglo al fuero del marido, al celebrarse el matrimonio.

D. Para que los vizcaínos gocen de fuero civil, se requiere que procedan de territorio aforado ó adquieran los derechos de sus naturales.

SEGUNDA. La ley personal de cada individuo será la de su respectiva provincia, y le seguirá á donde quiera que se traslade. Por dicha ley se regulará su capacidad jurídica, los efectos civiles de su matri-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

monio en cuanto á la persona y bienes de los cónyuges y descendientes, la sucesión testamentaria y abintestato, así como las consecuencias puramente civiles que produzcan los concursos ó las quiebras, sin tener en cuenta el lugar en que se hallaren los bienes.

TERCERA. La ley aplicable á los inmuebles será la del territorio en que se encuentren, siempre que la especialidad no se oponga á lo consignado en la conclusión anterior.

CUARTA. Se observarán en los actos entre vivos y de última voluntad, las formas extrínsecas que aún rijan, por excepción, en las provincias forales, sin tener en cuenta la ley personal. Pero los otorgantes podrán, si lo prefieren, aceptar las formalidades de la ley común.

TEMA TERCERO

Costumbre y jurisprudencia.—Valor de estas fuentes de Derecho.—Si deben intervenir los poderes públicos en su manifestación, y, caso afirmativo, en qué límites, á qué efectos y en qué forma.

PRIMERA. Conviene recoger las costumbres jurídicas subsistentes en las diversas regiones, para que, ya en forma de precepto obligatorio, ya como forma de Derecho aplicable según la voluntad de los interesados, se incluyan en el nuevo Código Civil.

SEGUNDA. Publicado que sea el nuevo Código, debe subsistir como fuente de Derecho la costumbre que sea contraria á sus preceptos.

TERCERA. Debe subsistir como fuente de Derecho la costumbre cuya observancia sea con ellos compatible.

CUARTA. Debe conservar su carácter obligatorio la jurisprudencia que tenga por objeto la interpretación de la ley.

QUINTA. Deberá reservarse el carácter de tal jurisprudencia á la interpretación de la ley hecha por el Tribunal Supremo en sus sentencias de casación.

SEXTA *(antitética de la anterior)*. Tendrá el carácter de jurisprudencia obligatoria la interpretación de la ley hecha por los Tribunales inferiores en sus sentencias.

TEMA CUARTO

Fijar concretamente los límites que deberían señalarse á la libertad individual en la contratación civil, en las capitulaciones matrimoniales, en la constitución de derechos reales, etc.

La libertad individual en la contratación civil, en las capitulaciones

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

matrimoniales, en la constitución de los derechos reales, etc., no debe tener otros límites que los siguientes:

1.° Las prohibiciones de la moral, ya en cuanto al objeto, ya en cuanto á las condiciones de la estipulación.

2.° Las prescripciones del Derecho absoluto ó necesario dentro del Estado.

3.° La esencia del acto ó contrato que se intente.

TEMA QUINTO

El consejo de familia, como norma de consagrar la independencia de la familia.—Actos á que debe extenderse su jurisdicción.—Su organización en cada caso.

PRIMERA. Es conveniente la creación del consejo de familia.

SEGUNDA. Su objeto debe limitarse á la protección de los huérfanos incapacitados.

TERCERA *(antitética de la anterior).* Convendrá darle intervención en todas las cuestiones jurídicas que surjan en el seno de la sociedad doméstica.

TEMA SEXTO

Lugar de la mujer en la familia.—Su intervención en la administración de los bienes: en el ejercicio de la patria potestad: en el gobierno de la familia.—Potestad marital.—Facultades y derechos de la viuda.

PRIMERA. La libertad de estipulación, en cuanto al régimen de los bienes en el matrimonio y á los derechos de la mujer respecto de su dominio y administración, debe ser tan amplia, que quepan dentro de ella todas las instituciones y formas que nuestras legislaciones forales admiten en esa materia, y las diversas organizaciones de la sociedad conyugal que se conocen con los nombres de sistema dotal, gananciales, mancomunidad y separación de bienes.

SEGUNDA. El sistema general que debe definirse, como aplicable, cuando no medie estipulación en contrario, debe ser el régimen de gananciales.

(Antitéticas á las anteriores.) A. El matrimonio constituye un contrato en virtud del que los bienes de marido y mujer se hacen *comunes* entre ellos, mientras aquél no se disuelva, y si fallece uno de ellos, hasta que todos los hijos lleguen á mayor edad.

B. Todas las adquisiciones que se verifiquen durante el matrimonio, se harán á nombre de ambos cónyuges.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

C. El marido no podrá enajenar sus bienes raíces sin consentimiento de su mujer.

D. La mujer no podrá enajenar, gravar ni hipotecar sus bienes raíces, ni el marido los constituidos en hipoteca para la seguridad de las aportaciones de aquélla, sin el consentimiento de los hijos mayores de edad, si los tienen; á falta de éstos, de sus ascendientes, y si no, del juez.

E. La sociedad matrimonial es á pérdida y ganancia y por mitad, sin privilegios dotales.

F. El marido es el gestor de la sociedad, pero la mujer tendrá el derecho de separarle cuando perjudique notablemente los intereses de la comunidad.

G. Los contratos del marido obligan á la mujer, siempre que por ellos no se comprometan los bienes raíces de ésta. Exceptúanse los que tengan por objeto la mejora y sostenimiento de los bienes de la mujer, así como la colocación y educación de los hijos.

TERCERA. Desaparecerán las diferencias de las dotes estimada é inestimada y el concepto de bienes parafernales. Los bienes que la mujer reciba como dotales permanecerán en su dominio y corresponderá su administración al marido.

(Antitética á la anterior.) Desaparecerán las diferencias entre la dote estimada é inestimada, pero subsistirá el concepto de bienes parafernales, salvo siempre la libertad de estipulación en cuanto al régimen de los bienes en el matrimonio.

CUARTA. Se ampliarán y facilitarán, así en las leyes sustantivas como en las adjetivas, los medios de que la mujer intervenga en la administración de los bienes, en los casos de malversación, prodigalidad ó negligencia del marido, especialmente para adquirir ó recobrar la administración de bienes suyos, fijando condiciones precisas en las que el juez pueda autorizarlo así, aun en contra de lo estipulado en las capitulaciones matrimoniales.

QUINTA. Se debe mantener á la madre viuda en el disfrute de los derechos de la patria potestad en la extensión en que se lo reconoce la ley de 1870.

SEXTA. Cuando la viuda contraiga segundas nupcias, la ley establecerá los medios para asegurar la conservación y recta administración de los bienes de los hijos del primer matrimonio.

(Antitéticas á la anterior.) A. La viuda, aunque contraiga segundas nupcias, conservará íntegros los derechos de patria potestad, en la extensión en que se los reconoce la ley de 1870.

B. La mujer que contrajere segundas nupcias perderá los derechos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de la patria potestad y el usufructo legal que le correspondiere sobre los bienes del cónyuge premuerto, pudiendo, sin embargo, concedérsele la tutela de los hijos menores, con las garantías que la ley establezca si los hermanos mayores de aquéllos, ó sus ascendientes, no se oponen.

Séptima. Los límites de la potestad marital deben mantenerse como los define la ley de 1870, en cuanto á la persona de la mujer; y respecto á los bienes, habrán de relacionarse con los términos y condiciones de la ley por la que se rija la sociedad conyugal, respetándose en todo caso la autoridad del marido, como gestor de aquélla y jefe de la familia.

Octava. Disuelto el matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, se observarán en primer lugar las reglas establecidas en el contrato matrimonial que determine los derechos del cónyuge supérstite, si la ley optase por el principio de libertad de contratación.

Novena. Disuelto el matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, á falta de contrato que regule los derechos del sobreviviente, se observarán las reglas siguientes:

A. Muerto uno de los cónyuges, corresponderá al sobreviviente el usufructo y la administración de los bienes de la familia, hasta que todos los hijos estén en la mayor edad.

B. Al llegar este caso, se disolverá la sociedad matrimonial, y se liquidarán las pérdidas ó ganancias.

C. (Antitética á la anterior) El viudo ó la viuda obtendrán en usufructo una parte de los bienes del otro cónyuge, que el Legislador deberá regular según sea el principio que prevalezca en la sucesión testamentaria.

Si el cónyuge difunto no dejare hijos ni ascendientes, el usufructo del viudo será de la mitad.

Décima. Las leyes fijarán las penas de carácter meramente correccional que los padres, de su propia autoridad ó con el consentimiento del Juez municipal, podrán imponer á los hijos, según la gravedad de las faltas, y establecerán los casos de desheredación.

(Continuará)

Legislación costaricense.—Se recordará que en nuestro número 4 del presente tomo insertamos una comunicación de nuestro corresponsal salvadoreño, don Tiburcio G. Bonilla, en que se daba una idea general de la legislación vigente en Centro-América.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Por lo que toca á la República de Costa Rica, ella ha sido rectificada por nuestro estimable colega El Foro, que se publica en la capital de aquel país, en su número 87, tomo III. Aceptamos y agradecemos la rectificación, y juzgamos de nuestro deber exponer sucintamente á continuación los datos que el colega inserta en el referido número (17 de noviembre de 1886).

En 1830 se emitió en aquella nación la Ordenanza de Minería. En 1839, el primer Reglamento de hacienda pública. En 1841, el Código General del Estado, comprensivo del Civil, del Penal y del de Procedimientos, que hasta há poco tiempo estuvo en vigor absolutamente. En 1858 se hizo una segunda edición de estos Códigos, con notas y reformas importantísimas. En 1843, bajo el nombre de Estatutos de la Universidad, se reglamentó la enseñanza segunda y profesional. En 1858 se decretó el segundo Reglamento de hacienda, que ha regido hasta fines de 1885. En 1853 fué sancionado el Código de Comercio. En 1849, el primer Reglamento general de policía. En 1845, una ley orgánica de Tribunales, modificada en parte por la de 1852. En 1867, las Ordenanzas Municipales que rigen aún. La ley hipotecaria no fué obra del señor Jerez, sino de estadistas costaricenses, á quienes sirvió de modelo la española hoy vigente: fué promulgada en 1865, así como la de concurso de acreedores, tomada de la prusiana actual. En 1871 se dictó un Código Militar, derogado en 1884 por otro más en armonía con las modernas instituciones. Desde 1880 rige un nuevo Código Penal, en que las penas de muerte, de infamia y otras humillantes y crueles están abolidas. En 1873 se había establecido el jurado para las causas criminales. En 1885 se dictó el Código Fiscal vigente. En el actual (1886) el nuevo Código Civil, modelo de Códigos liberales y científicos, en donde campean como conquistas de la actual administración el matrimonio civil, el divorcio, la libre testamentifacción y la libertad civil de la mujer. Están próximos á publicarse los Códigos de Procedimientos, Policía, Comercio, Penal y Militar ya preparados. Existen además otras leyes administrativas, como el Reglamento Consular y la ley general de educación común. Hay también obras de Derecho escritas por hijos del país.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

COMENTARIO DEL TÍTULO PRELIMINAR Y DEL Título Primero del Libro Primero del Código de Comercio.

(Continuación)

El corretaje libre ¿es lo mismo que la comisión? En cuanto á la intrínseca naturaleza de ambas cosas, ninguna diferencia puede establecerse entre ellas: las funciones del corretaje libre son idénticas á las de la comisión. Los corredores son oficiales públicos instituidos por la ley para dispensar su mediación asalariada á los comerciantes, y facilitarles la conclusión de sus contratos (art. 48); y la comisión es el mandato comercial que versa sobre una ó más operaciones mercantiles individualmente determinadas (art. 234). En su letra, estos preceptos difieren entre sí; en el fondo de sus disposiciones, estatuyen una misma cosa. Corredor y comisionista tienen por misión dispensar su mediación á los comerciantes, á fin de que lleven á término sus convenciones. El corredor libre, que puede coexistir con el oficial público, se encontrará exactamente en la misma situación que el comisionista; ó, en otros términos, el corredor libre no será sino un comisionista, y estará sometido á las reglas que gobiernan la comisión, salvo aquellos preceptos especialísimos de la correduría, como, por ejemplo, los concernientes á la negociación de efectos públicos, para los cuales no contiene disposicion alguna el tratado de la comisión. Aplicando el mismo criterio,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

debemos sostener que las trabas y sanciones, relativas á la correduría pública, no alcanzan á la correduría privada. Por lo tanto, aunque las quiebras de los corredores públicos se presuman fraudulentas (art. 64), tal disposición no será aplicable á los corredores privados, porque en las operaciones de éstos no concurre la razón que ha servido de fundamento á dicha regla. Asimismo, sobre el corredor libre ó comisionista no pesará la prohibición de ejecutar operaciones de comercio por su cuenta, ó de tomar interés en ellas. No tendrá más norma que su conveniencia, que puede consistir en que no se separe nunca de su papel de mero intermediario, por la confianza que esta línea de conducta debe inspirar á sus comitentes.

Estas conclusiones, que son compatibles con la más completa libertad en materia de mandato mercantil, no sólo se avienen con una amplia interpretación de la ley; consultan asimismo los intereses bien entendidos del comercio y de la industria. El Estado no debe intervenir en las especulaciones privadas sino en la medida de lo estrictamente necesario, sin tomar nunca parte directa en ellas, limitándose á sancionar las garantías indispensables al resguardo y seguridad de los derechos particulares. Acaba de verse lo que ha resultado con la institución de los corredores públicos, que el comercio no ha tomado en cuenta en sus transacciones. Le ha bastado la cooperación de los corredores privados ó comisionistas: con ellos ha satisfecho las exigencias de sus especulaciones, sin verse obligado á acudir á la intervención de oficiales públicos, en que no encontraba seguramente las condiciones de facilidad y expedición que le ofrece la industria privada.

En el caso de existir los corredores públicos, creemos que sus operaciones deben reputarse siempre mercantiles

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

respecto de ambos contratantes, como después veremos que lo son también las de los martilleros, sin atender al móvil que haya determinado la ejecucion del acto de parte del que confiere el mandato. El número 11, que vuelve á ocuparse del corretaje, juntamente con los negocios de banco y de cambio, califica de actos de comercio esas operaciones, las cuales no se conciben ni pueden existir sin la concurrencia del mandante. Siendo la operación de corretaje la mercantil, y no el acto del corredor, no puede á este respecto producirse un contrato de doble carácter.

5.° Son actos de comercio *las empresas de fábricas, manufacturas, almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafees y otros establecimientos semejantes.*

Propiamente no puede decirse que las empresas de fábricas, manufacturas, almacenes, etc., sean actos de comercio, como cabe calificar con toda exactitud á los contratos de compra-venta, permuta, arrendamiento y mandato. Debe entenderse que dichas empresas, como las que figuran en los números que siguen, son igualmente actos de comercio en cuanto dan lugar á dichos actos, ó en cuanto sus operaciones los constituyen.

Desde este número encontramos en el artículo 3.° la palabra *empresas* aplicada á ciertas negociaciones mercantiles, palabra que se repite en los números 6.°, 7.°, 8.°, 9.° y 13 de dicho artículo. Esta expresión ha sido tomada de la ley francesa que, al especificar lo que reputa acto de comercio, habla de empresas *(entreprises)*, de manufacturas, de comisión, trasporte, agencias, casas de martillo y espectáculos públicos. Aunque se sostenga que el uso de esta expresión significa claramente que un acto aislado no puede ser suficiente para crear la competencia de los juzgados de comercio, y que es necesaria, para que esta competencia exista, una continuidad de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

actos, de modo que la persona que se dedica habitualmente á la fabricación, comisión ó trasporte es necesariamente comerciante, sometido por doble título á la jurisdicción mercantil (1), no podemos aceptar esta opinión sino en la parte muy limitada, en que guarda conformidad con el sistema seguido por nuestro Código.

Ya hemos demostrado en el examen del artículo 1.º, que la ley de comercio no busca al comerciante para imponerle sus preceptos, salvo el caso de quiebra: sólo persigue el acto de comercio, de tal suerte que aquél no le está sometido sino únicamente en cuanto ejecuta actos de esta clase. Por consiguiente, la continuidad de operaciones que implique la explotación de una empresa no es por sí sola una condición que determine la competencia de la jurisdicción mercantil. El comentario que acaba de citarse corrobora en parte esta apreciación al aseverar que el comerciante que ha adquirido su profesión estableciendo alguna de las empresas relacionadas, queda sometido por doble título á la jurisdicción de comercio, por ser comerciante y por ejecutar un acto mercantil. Á nuestro juicio, sólo el segundo requisito es indispensable. El Código no aceptó la disposición del Proyecto, que hacía presumir mercantiles todas las obligaciones de los comerciantes; y de aquí que nos consideremos autorizados para afirmar que las especulaciones de fábricas, manufacturas, almacenes, etc., sean ó no empresas en el sentido que les da el comentador citado, han de ser siempre regidas por la ley de comercio, sin necesidad de que esta consecuencia se produzca por la continuidad de las operaciones que efectúan. Muchas ó pocas, continuas ó discontinuas, esas operaciones han de ser siempre actos de comercio, con tal que sean originadas, como necesaria-

(1) Alauzet. *Commentaire du Code de Commerce et de la Législation commerciale.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mente ha de acontecer, por el espíritu de especulación y de lucro. Es la naturaleza de la operación, y no su continuidad la que le imprime un carácter especial.

Desconoceríamos la evidencia si negásemos que los establecimientos que enumera este inciso han de proponerse realizar una serie de operaciones, pues no serán nunca formados ni adquiridos con otro fin. Empero, y prescindiendo de que la continuidad de operaciones no nace de que tengan el carácter de empresas, sino de su calidad de establecimientos de comercio destinados á especular por medio de la realización de repetidas operaciones, es para nosotros evidente que la función comercial no consiste en la repetición de ciertos actos, sino en el ánimo con que son ejecutados. Lo primero servirá para formar comerciantes, para justificar la existencia de una profesión, pero sólo lo segundo constituirá un antecedente inequívoco que sirva para demostrar la índole del acto de comercio. De confundir ambas condiciones proviene el error en virtud del cual se sostiene que un acto aislado no puede ser suficiente á crear la competencia de los juzgados de comercio: si un acto aislado ó un número limitado de actos sólo se han inspirado en el propósito de especulación comercial, esa competencia será indudable, significando poco, para los efectos jurisdiccionales, que la persona de que se trate, haya ó no llegado á hacer del comercio una profesión habitual.

El empleo de la palabra *empresas* da origen, además, á otro género de observaciones que no son menos fundadas. Si para los comentadores franceses esta expresión significa claramente continuidad de operaciones, en nuestro lenguaje da á entender una idea muy diversa. Es empresa «la sociedad mercantil ó industrial para emprender obras materiales, negocios ó proyectos de importancia; ú obra ó designio llevado á efecto, en especial cuan-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

do en él intervienen varias personas» (1). De aquí es que, al calificarse de empresa á una especulación, se indique de ordinario una negociación de cierta importancia ó en que cooperan varios individuos. Entretanto, es lo cierto que, entre los diversos ramos de comercio á que este número se refiere, algunos recaerán sobre valores considerables y otros sobre valores significantes; circunstancia que no impedirá el que á todos afecte un mismo carácter, el carácter mercantil. No es menester que una especulación sea calificada de empresa para que pueda ejecutar actos de comercio, y en esta categoría se encontrará una gran cantidad de negocios, quizás el mayor número. No puede creerse que, al hablar nuestro Legislador de empresas, se haya referido sólo á las especulaciones de importancia ni que haya abrigado la intención de no reputar mercantiles á las de una clase diversa. Esta línea de separación, imposible de demarcar, no tendría fundamento en los hechos de la vida comercial, ni se conformaría con el precepto del número 1.º, que reputa acto de comercio la compra de cosas muebles hecha con ánimo de venderlas, sin exigir que este ánimo sea acompañado con el hecho de la adquisición más ó menos considerable de efectos. Por consiguiente, no es posible tampoco tomar la palabra *empresas* en su acepción gramatical, y se hace forzoso reconocer que ha sido empleada por el Legislador para expresar generalmente los establecimientos ó negociaciones que el precepto legal enumera. Decir empresa de fábrica, de tienda, de almacén, será lo mismo que decir negocio de fábrica, de tienda, de almacén.

El Código no ha definido expresamente el sentido de esta palabra, y las costumbres mercantiles le han atri-

(1) *Diccionario* de la Academia Española, duodécima edición.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

buido más ó menos el mismo que le da el *Diccionario* de la lengua. Debería prevalecer por lo tanto esta acepción; y si es cierto que ella puede aplicarse sin inconveniente á la generalidad de las fábricas, manufacturas y almacenes, no sucede lo mismo con las tiendas y cafees, mencionados en el texto, ni con otros establecimientos análogos, en los cuales será raro encontrar la magnitud de especulación que las empresas representan. Recuérdese la negociación insignificante que se denomina *baratillo*, que no es más que una pequeña tienda de mercaderías surtidas, comprendida en consecuencia y sin duda alguna entre *los establecimientos semejantes* á que se refiere este número, y se verá que llamar empresa á un negocio de esta especie sería un verdadero contrasentido. Idéntica observación debe hacerse respecto de los cafees, que frecuentemente son de escaso valor. En el número 2.º, que se separa de la ley francesa, evitó el Legislador el inconveniente que apuntamos en el actual: allí se refirió á *establecimientos* mercantiles, y no á *empresas*, palabra que, ó nada de especial significa, ó sólo ha de producir una restricción que excluiría del comercio quizá el mayor número de sus especulaciones.

Por otra parte, siendo actos de comercio la compra de cosas muebles hecha con el propósito de venderlas y la compra de un establecimiento mercantil, no se ha de formar comunmente ninguna de las negociaciones detalladas en este inciso sino por medio de uno de aquellos dos actos, de donde resulta que el origen de la adquisición se reglará de ordinario por el precepto de los números 1º y 2.º Agréguese á esto que dichos establecimientos tienen por objeto especular, vendiendo en la misma forma ó en otra diversa los efectos adquiridos, y se tendrá que su giro cae directa y necesariamente bajo el imperio del número 1.º En efecto, cualquiera

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que sea el calificativo que se aplique á una tienda, á un almacén ó á una fábrica, su calidad mercantil deberá forzosamente nacer, no de ese calificativo ó de cualquier otro que pudiera dárseles, sino de la circunstancia de haber sido formados por medio de la adquisición de efectos hecha con el fin de especular vendiéndolos, ó de que han sido comprados en globo para destinarlos al mismo fin, y del hecho posterior y consiguiente de la venta. Esta es la verdad jurídica que revelan los hechos exactamente apreciados.

Debe reconocerse, con todo, una excepción, que cada día será más frecuente, y es la que se origina de la naturaleza especial de las fábricas y manufacturas, que han menester casi siempre para sus operaciones un inmueble propio, y que requerían además que se las mencionase expresamente para que no hubiera duda acerca de su carácter mercantil desde que pertenecen á una industria diversa, excepción que da alguna importancia al precepto de este número. Designando los establecimientos de comercio más conocidos, la misma disposición puede ser útil para distinguir los que sean semejantes á ellos, que son también comerciales, lo que en absoluto no era indispensable, ya que establecimientos de comercio han de ser aquellos en que se ejecuten actos de comercio.

La ley no se ha limitado á calificar de mercantiles á los establecimientos que especifica en este número; ha querido que también lo sean los establecimientos semejantes. En consecuencia, deben comprenderse en esta categoría todas las negociaciones en que, como en la designadas y con propósito de especulación, se venda al consumidor y al industrial los efectos que necesitan para la satisfacción de sus necesidades y fomento de sus industrias; establecimientos que suelen tomar diversas denominaciones, según sea la clase de artículos que sir-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

van para la especulación. Los más comunes y conocidos son los que el inciso menciona, y deberán reputarse semejantes á ellos las casas consignatarias é importadoras, las droguerías, boticas, fotografías, armerías, ferreterías, joyerías, imprentas litográficas y tipográficas, sastrerías, dulcerías, cigarrerías, peluquerías, carnicerías, panaderías, carrocerías, curtidurías y otras negociaciones análogas. El incremento del comercio tiende en esta materia á la formación de especialidades, de modo que en cada establecimiento se venda una sola clase de artículos, lo que da motivo en los negocios á una gran diversidad de nombres; pero todavía es frecuente que en las tiendas, bazares y almacenes encuentre el comprador mercaderías de muchas especies diversas. Naturalmente, el carácter comercial existe en todos ellos. La ley no ha hecho una especificación minuciosa y detallada, que, sobre ser larga y difícil, habría adolecido del inconveniente de que quizá no se considerasen comerciales los establecimientos que hubiera dejado de enumerar.

La venta de los efectos puede ser hecha en la misma forma en que han sido adquiridos ó en otra forma diversa: ocurre lo primero en las tiendas, bazares y almacenes, y lo segundo en las fábricas y manufacturas. En los cafees y fondas se emplearán ambos procedimientos. Para apreciar la semejanza que da carácter mercantil á otras negociaciones habrá que tomar en cuenta las respectivas formas de enajenación. Esta es la norma que nos ha guiado para hacer la enumeración de los establecimientos de comercio contenida en el párrafo precedente.

Un establecimiento de molinería que tenga por objeto convertir el trigo en harina no dejará de ser mercantil sino en el único caso de ser anexo de una explotación agrícola. Es una verdadera fábrica que se propone realizar la operación indicada.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Los hornos de fundición de minerales de cobre y demás establecimientos de beneficio análogo, serán también mercantiles, salvo el caso en que formen parte ó sean un accesorio de una explotación minera. Dando otra forma á las materias primas de la minería, llevan á cabo un verdadero procedimiento fabril. Por este motivo, los grandes establecimientos de Guayacán y de Lota son, á nuestro juicio, comerciales.

Desde que las fábricas y manufacturas son especulaciones que la ley reputa mercantiles, todas las operaciones de la industria fabril se regirán por las mismas reglas y principios que los actos de comercio, y estarán sujetas á la misma jurisdicción. Legalmente, esta industria es un ramo de la comercial, con la cual tiene muchos puntos de contacto y analogía. El espíritu de especulación es común á ambas, que por diversos medios persiguen unos mismos fines.

Un club, que se propone el recreo y comodidad de sus asociados, no debe calificarse de establecimiento mercantil. La especulación es extraña á los fines de su institución. No es tampoco semejante á ninguna de las negociaciones que especifica este inciso, ni puede por lo tanto estar sometido á la jurisdicción de comercio.

Es incuestionable que la jurisdicción mercantil regirá, en lo que respecta al empresario, todos los actos que se ejecuten en los establecimientos de que venimos ocupándonos. En cuanto á las personas que contraten con él, realizarán ó no una operación de comercio según sea el ánimo con que procedan. Sin embargo, tratándose de fondas, cafees y de los establecimientos llamados vulgarmente *hoteles*, en que el hospedaje es lo principal, á diferencia de las fondas en que el hospedaje es lo accesorio, no habrá que inquirir cuál es ese ánimo, porque siempre será uno mismo. En los cafees, fondas y *hoteles*, al mismo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tiempo que el empresario realiza invariablemente una operación de comercio, el otro contratante ejecutará siempre un acto civil: por parte de este último no hay más que un consumo.

6.º Son actos de comercio *las empresas de trasporte por tierra, ríos y canales navegables.*

En la disposición del número 4.º se ha visto que puede conferirse la comisión para el trasporte por tierra, *lagos*, ríos y canales navegables, y en la del presente se nota que el contrato de trasporte no es extensivo á los lagos. La definición de este contrato contenida en el artículo 166, guarda conformidad con la amplitud que le concede el Código al tratar de la comisión, pues se refiere también á la conducción por lagos. Esta diferencia entre el uno y los otros preceptos sólo puede tener por origen una omisión involuntaria. Concíbese que la comisión comprenda menos que el contrato que por medio de ella hay el propósito de celebrar; así ha podido observarse que, comprendiendo el trasporte pasajeros y mercaderías, la comisión no alcance sino á estas últimas; pero no se concibe que comprenda más, atendida su naturaleza especial. Por consiguiente, debe atribuirse á un olvido el que los lagos no hayan sido mencionados en este número, olvido en que se volvió á incurrir, tanto en el epígrafe del párrafo 6.º del título VI, libro II del Código, que encabeza las reglas de la comisión para el trasporte, cuanto en el número 9.º del artículo 3.º, concerniente al seguro.

Aunque el trasporte por lagos es muy raro en Chile, él existe en escala reducida; y si no existiera, no habría motivo para que la ley se refiriese en ningún caso á él.

Lo que entre nosotros no se conoce, y seguramente nunca se conocerá, es el trasporte por canales navegables.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Los canales de irrigación, que son los únicos que existen en nuestro territorio, no pueden servir de vías de trasporte, porque no son navegables. El Legislador no ha podido referirse á los canales marítimos, que existen en la parte austral del territorio, porque estos canales están sujetos á las reglas del comercio marítimo de ,que trata este artículo en sus números 13 á 19. En el número 15 cita expresamente el trasporte. Habría sido cuerdo no mencionar en el número que examinamos el trasporte por canales navegables.

Atendidas la magnitud é importancia que tienen muchas de las especulaciones de trasporte, llamarlas *empresas* no es lo mismo que emplear este calificativo, en la acepción genuina que debería atribuírsele, para la designación de los establecimientos que enumera y á que hace referencia el número 5.º Califícase de *empresario de trasportes* por la ley civil al que ejerce la industria de hacer ejecutar trasportes de personas ó cargas (artículo 2,013 del Código Civil). Pero es evidente, por una parte, que realizará acto de comercio, no sólo el que haga ejecutar trasportes, sino también el que personalmente los ejecute; y, por otra parte, es un hecho que al lado de las grandes empresas, y para completarlas ó para atender á necesidades que no alcanzan aquéllas á satisfacer, se forman pequeñas especulaciones de trasporte, que, teniendo por objeto conducir pasajeros y mercaderías, son tan mercantiles como las empresas. Debe asegurarse que no ha entrado en la mente del Legislador establecer entre las unas y las otras distinciones provenientes de la extensión de su giro respectivo, las cuales carecerían en lo absoluto de todo fundamento racional.

No existiendo, por otra parte, una regla que determine desde qué punto una especulación se convierte en empresa ó deja de serlo, no sería posible hacer distinción

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

alguna á este respecto; y es forzoso, en consecuencia, admitir que las empresas de trasporte que este número califica de actos de comercio son todas las negociaciones, grandes ó pequeñas, que, con empresario ó sin él, tengan por objeto la conducción de personas y cargas.

Un precepto expreso de la ley se encarga de confirmar esta doctrina. En el artículo 171 del Código se establece que «las disposiciones del título que reglamentan el contrato de trasporte son obligatorias á *toda clase* de porteadores, cualquiera que sea la denominación que vulgarmente se les aplique, inclusas las personas que se obligan ocasionalmente á conducir pasajeros y mercaderías». No ha podido expresarse con más claridad que todas las especulaciones, aun las accidentales, que se propongan trasportar personas y cargas, deberán reputarse mercantiles, y regirse por el Código de Comercio, cualesquiera que sean su clase y denominación; lo que corrobora la teoría que invariablemente hemos venido sosteniendo sobre que la función comercial no se funda en la repetición de los actos, ni en la magnitud de las operaciones, sino sólo en el ánimo de tráfico mercantil.

De lo dicho se desprende que la conducción de los productos de un fundo verificada por un agricultor, aunque sea continuada y constante, no participará del carácter mercantil, porque en este caso no concurre en el porteador el espíritu de especulación.

Las empresas de trasporte, auxiliares casi siempre indispensables del comercio, llevan marcado el espíritu de especulación, y no podían, en consecuencia, dejar de ser mercantiles. Y lo serán, ya tengan sólo por objeto el trasporte de personas ó el de cargas, ya ambos indistintamente.

Este acto de comercio no está circunscrito, en cuanto á los pasajeros, sólo á los comerciantes: se refiere á toda

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

clase de personas; y como de ordinario serán las personas conducidas con sus respectivos equipajes, éstos correrán, respecto del fuero, y en caso de que haya recaído sobre ellos una convención especial, la misma suerte que el contrato celebrado por la persona á quien pertenecen, sin necesidad de que sean mercaderías.

Al examinar la comisión de trasporte, ya hemos adelantado que la conducción de mercaderías no puede referirse únicamente á los efectos contenidos en las tiendas, bazares, almacenes, ú otros establecimientos análogos. Por mercaderías deben entenderse todos los artículos trasportables que sirvan y se empleen en una especulación mercantil: concurriendo esta condición, el contrato de trasporte será comercial para porteador y remitente.

Cuando la empresa de trasporte tenga por objeto conducir toda clase de cosas muebles, no dejará el contrato de ser acto de comercio para el porteador, aunque conduzca efectos que no se destinan á una especulación. Ya recaiga el acarreo sobre mercaderías, ya sobre otra especie de objetos, el acto será mercantil para el porteador; es la empresa la que tiene este carácter, y la que lo trasmite á cada una de sus operaciones. La ley ha establecido expresamente que las reglas del trasporte comercial son obligatorias á toda clase de porteadores, cualquiera que sea su denominación vulgar. Un ferrocarril conducirá mercaderías y toda especie de bienes muebles, ¿por qué sería comercial el trasporte de las primeras, y no lo sería el de los segundos? ¿No son iguales ambas operaciones para el porteador? En ambas le guía el mismo espíritu de especulación.

José Alfonso

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

¿SUBSISTEN EN NUESTRA ACTUAL LEGISLACIÓN las disposiciones legales españolas relativas al afrontamiento de los presuntos adúlteros?

Dice la ley 12, título 17, Partida 7.ª: «Sospechando algun ome que su mujer faze adulterio con otro, o que se trabaja de lo fazer, deue el marido afrontar en escrito ante omes buenos a aquel contra quien sospecha, defendiéndole que non entre en su casa, nin se aparte en ninguna casa nin en otro lugar con ella, nin le diga ninguna cosa; porque ha sospecha contra el que se trabaja de le fazer deshonra; e esto le deue dezir tres veces. E si por auentura, por tal afrenta como esta, non se quisiere castigar, si el marido fallare despues desso a aquel ome con ella en alguna casa o lugar apartado, e lo matare, non deue recibir pena ninguna porende. E si por auentura, lo fallare con ella en alguna calle o carrera, deue llamar tres testigos, e dezirles assi: Fago de vos afruentas, como fabla con mi mujer contra mi defendimiento. E estonce deuelo fazer prender, e darlo al Judgador del lugar, e pedir de derecho que lo recabde; e el Judgador deuelo assi fazer. E si fallare en verdad que fabló con ella despues que le fué defendido, assi como sobredicho es, deuel dar pena de adulterio, bien assi como si fuesse acusado, e vencido de ello. E aun si el marido lo fallasse fablando con ella en la Iglesia, non le deue prender, mas el Obispo, o los Clérigos del lugar, lo deuen prender, e darlo en poder del Juez a la demanda del marido, porque pueda ser tomada vengança de aquél que este yerro faze.»

En un interesante y erudito artículo no há mucho publicado en esta misma REVISTA por el distinguido jurisconsulto don José Victorino Lastarria, se sostiene que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

las disposiciones de esta ley deben considerarse derogadas, contra el dictamen de nuestro malogrado profesor don José Bernardo Lira, quien, en su *Prontuario de los Juicios*, supone vigentes dichas disposiciones, en cuanto establecen una especie de presunción de Derecho como prueba del delito de adulterio.

No se nos tomará á mal el que, amparados bajo la sombra del maestro, manifestemos cómo, á nuestro juicio, es más rigorosamente lógica y exacta la segunda de las opiniones referidas.

Cita, en primer lugar, el señor Lastarria, en apoyo de su tesis, la ley 3.ª, título 20, libro 12 de la Novísima Recopilación, la cual prohibe á todos, *sin excepción de personas*, el hacerse justicia por sí mismos bajo las penas impuestas; y la ley 1.ª, título 21, libro 12 de la misma Novísima, que establece en favor del marido que mate al adúltero á quien sorprendiere *yaciendo* con su mujer, do quier que lo halle, una excepción á la regla general de que debe ser castigado con la pena de muerte el que matare á otro, á sabiendas.

Es evidente que estas leyes deben considerarse como derogatorias de la disposición de las Partidas que autorizaba al marido para matar al presunto adúltero afrontado y reincidente á quien sorprendiera con la mujer en alguna casa ó lugar apartado, en cuanto dicha disposición era comprensiva del caso de sorprenderlos simplemente juntos, y no en infraganti delito de adulterio.

Pero, siendo las citadas leyes de la Novísima perfectamente conciliables con las disposiciones de las Partidas, que autorizan al marido para hacer prender y remitir á la justicia al presunto adúltero afrontado y reincidente á quien encuentre con la mujer en la calle ó carrera ó en la Iglesia, y aun con la implícita disposición de aquéllas, que le autoriza para hacer otro tanto en el caso de en-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

contrarle con la mujer en alguna casa ó lugar apartado, es del mismo modo claro que estas disposiciones no han podido ser derogadas por efecto de la promulgación de las susodichas leyes.

Alega también el señor Lastarria el desuso de la ley de Partidas de que se trata, para justificar su derogación; pero, aun dando por aceptado el hecho de ese desuso, sería llegado el caso de aplicar la ley 1.ª, título 2.º, libro 3.º de la Novísima Recopilación, la cual dispone que «todas las leyes del Reyno que expresamente no se hallen derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso...» (1)

Sostiene asimismo, el distinguido autor del artículo que impugnamos que, aun suponiendo que las disposiciones relativas al afrontamiento no hubiesen sido derogadas por la Novísima Recopilación, ó por su desuso, ellas lo habrían sido, cuando menos, por nuestro Código Penal, y cita al efecto la disposición del número 10 del artículo 11 de dicho Código, según la cual sólo se exime de responsabilidad criminal el marido que en el acto de sorprender á su mujer *infraganti* en delito de adulterio,

(1) Parece que debemos entender aquí por derogación *expresa* no la que por tal entiende el artículo 52 de nuestro Código Civil, ó sea aquélla que se verifica cuando la nueva ley dice expresamente que deroga á la antigua, sino una derogación *clara, patente, indudable*, que también este sentido corresponde á la palabra *expreso*, según el *Diccionario de la Lengua*.

Confírmase de una manera asaz significativa esta opinión con la circunstancia de que la citada ley de la Novísima, á renglón seguido de haber dicho que «todas las leyes del Reyno que expresamente no se hallen derogadas por otras posteriores se deben observar literalmente» agrega: *sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso.*

Absurdo habría sido, por lo demás, que el Legislador hubiese abrigado el propósito de excluir la derogación que hoy llamamos *tácita*, derogación que se funda en la propia naturaleza de las cosas, y que, aun en la hipótesis sobre que discurrimos, habría tenido forzosamente que reconocerse, so pena de dejar sin efecto la voluntad especial del Legislador en aquellos puntos en que de hecho sus preceptos pugnaran con las disposiciones de leyes anteriores.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

da muerte, hiere ó maltrata á ella y á su cómplice, etc.; y la disposición del inciso 2.º del artículo 375 del mismo Código, la cual declara que comete adulterio la mujer casada que *yace* con varón que no sea su marido, y el que *yace* con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio.

Obvio es que el primero de estos preceptos legales habría sido derogatorio de la disposición de las Partidas que autorizaba al marido para matar al presunto adúltero afrontado y reincidente, por el hecho solo de encontrarlo junto con la mujer en alguna casa ó lugar apartado, si ella no hubiese estado de antemano derogada por la ley 3.ª, título 20, y la ley 1.ª, título 21 del libro 12 de la Novísima Recopilación.

Pero es indudable que el mismo precepto no ha podido derogar las demás disposiciones de las Partidas relativas al afrontamiento, porque la circunstancia de que el marido sólo tenga derecho de matar al adúltero cuando lo sorprenda infraganti en delito de adulterio, no es en manera alguna un óbice para que aquél pueda notificar por tres veces al presunto adúltero la prohibición de juntarse con la mujer, para el efecto de hacerle prender y remitirle á la justicia, en el caso de contravenir á dicha prohibición.

No creemos tampoco, como el señor Lastarria, que las disposiciones de la ley 12, título 17, Partida 7.ª, deban considerarse derogadas por el inciso 2.º del artículo 375 del Código Penal, porque, si es cierto que en este inciso sólo se dice que comete adulterio la mujer casada que *yace* con varón que no sea su marido, y el que *yace* con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio, no lo es menos que el Legislador de las Partidas no autorizaba al marido en los casos de afrontamiento, ya para matar al presunto adúltero, ya

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

para hacerle prender y remitirle á la justicia, sino por presumir en tales casos, sin lugar á prueba en contrario, que efectivamente había adulterado, esto es, que había yacido con la mujer.

Confírmase de una manera irrefragable este dictamen con la letra misma de la ley que establece el régimen del afrontamiento, la cual, como se recordará, dice que si el juez hallare en verdad que el presunto adúltero habló con la mujer después de que le fué prohibido, *deuel dar pena de* ADULTERIO, *bien assi como si fuesse acusado e vencido de ello.*

Ni nos parece más aceptable la aseveración del señor Lastarria en el sentido de que el admitir actualmente la vigencia de las leyes españolas acerca del afrontamiento de los presuntos adúlteros equivale á aplicar pena á la tentativa y al acto frustrado de adulterio, cuando el Código no la aplica, y de que, si éste hubiese tenido en mira castigar como adulterio los actos que apenas inducen sospechas de ese delito, habría establecido relativamente al mismo una disposición análoga á la que consignó al prescribir que los actos constitutivos de la violación de una mujer se consideren consumados *desde que haya principio de ejecución.*

Adviértase, ante todo, que este argumento reposa sobre la base errónea de que la ley 12, título 17, Partida 7.ª, autoriza al marido para matar al presunto adúltero afrontado y reincidente, ó para hacerle prender y remitirle á la justicia, por el hecho solo de encontrarle junto con la mujer, siendo así que, como acabamos de verlo, tales autorizaciones se fundan en el hecho del adulterio que la ley da por competentemente establecido en virtud de la infracción del afrontamiento.

Mas, aun prescindiendo de este punto de vista impor-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tantísimo, debe tenerse presente, para rechazar el referido argumento, por una parte, que la ley no castiga los actos que inducen la sospecha de la violación de una mujer, sino que reputa consumado este delito desde que ha empezado á cometérsele, lo que es cosa muy diversa; y, por otra, que la simple infracción del afrontamiento no constituye tentativa de adulterio, ni mucho menos adulterio frustrado, comoquiera que la tentativa y el delito frustrado exigen, en general, no la concurrencia de presunciones que hagan verosímil el hecho de que un individuo ha cometido el delito de que se trata, sino la constancia de que ha ejecutado uno ó más actos que implican un principio de ejecución de ese delito, ó uno ó más actos que habrían conducido á la consumación del mismo, si circunstancias extrañas á la voluntad del delincuente no lo hubiesen impedido.

Veamos ahora si las disposiciones de la ley 12, título 17, Partida 7.ª han sido ó no derogadas por el artículo último del Código Penal, que dice como sigue: "El presente Código empezará á regir desde el 1.º de marzo de 1875, y en esa fecha quedarán derogadas las leyes y demás disposiciones preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan".

Habiéndose ocupado dicho Código en determinar taxativamente los casos en que una persona se exime de responsabilidad criminal, no obstante la ejecución de actos que, generalmente, se miran como criminosos, es claro que el artículo que acabamos de citar habría debido considerarse como derogatorio de la disposición de las Partidas que autorizaba al marido para matar al presunto adúltero afrontado y reincidente, en el caso de encontrarlo junto con la mujer, y no yaciendo con ella, en alguna casa ó lugar apartado, si, como más arriba se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dijo, dicha disposición no hubiese estado de antemano derogada por la ley 3.ª, título 20, y la ley 1.ª, título 21 del libro 12 de la Novísima Recopilación.

Las demás disposiciones de las Partidas relativas al afrontamiento de los presuntos adúlteros no han podido ser derogadas por el último artículo de nuestro Código Penal, porque, no teniendo por objeto definir y castigar como delito la infracción del afrontamiento, sino autorizar la aprehensión del presunto adúltero, y establecer una forma especial de prueba para el delito de adulterio, ellas deben considerarse como disposiciones de procedimiento. Corrobora este dictamen la ley 12, título 14 de la Partida 3.ª, que dice, entre otras cosas, que el juez puede y debe dar pena de adulterio á los presuntos adúlteros afrontados y reincidentes «magüer otra *prueua*, o otro *aueriguamiento* non diesse (el marido) contra ellos si non tan solmente esta sospecha...»

Ni vale alegar que, aun cuando las disposiciones de que se trata se consideren como leyes de procedimiento, deben siempre estimarse derogadas por corresponder á un sistema de penalidad diverso del establecido respecto del adulterio por nuestro Código Penal, porque no hay incompatibilidad alguna entre el hecho de haber de aplicarse á los delincuentes las penas prescritas por una legislación, y el hecho de haber de someterse el enjuiciamiento de los mismos á reglas dictadas bajo la vigencia de otra legislación que establecía un sistema de penalidad diverso; y porque tan lejos está de existir dicha incompatibilidad en el caso que nos ocupa, que si el régimen del afrontamiento podía subsistir bajo el imperio de una legislación rigorosísima para el adulterio, como lo era la antigua española, *a fortiori* podrá subsistir bajo el imperio de otra legislación más benigna para el mismo delito, como lo es la que actualmente nos rige. Por lo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

demás, la doctrina que impugnamos nos llevaría á establecer que todas ó casi todas las disposiciones de las leyes españolas relativas al enjuiciamiento de los delincuentes habrían sido derogadas por la promulgación de nuestro Código Penal, lo que es inadmisible.

Estudiemos ahora, en lo que respecta á la cuestión que debatimos, la historia fidedigna del establecimiento de la ley.

Consta por el acta de la sesión septuagésima tercera de la Comisión Redactora del Proyecto de Código Penal, que el señor Reyes propuso una disposición análoga á la de la ley 12, título 17, Partida 7.ª, esto es, que se tuviera como una presunción de la efectiva existencia del adulterio la violación del requerimiento judicial ó *afrontamiento*, notificado á las personas de quienes se sospechase el delito, y consta asimismo que esta proposición fué desechada, acordándose dejar este punto, por indicación de otro de los redactores, para el Código de Procedimiento Criminal.

Del rechazo de la proposición de que acaba de hablarse, deduce el señor Lastarria que favorece su doctrina y pugna con la del señor Lira la historia fidedigna del establecimiento de la ley. Así sería, en efecto, si se supiera que ese rechazo había sido inspirado, no por la inoportunidad, sino por la intrínseca inconveniencia de la idea del señor Reyes; pero la verdad es que consta que, *por indicación de otro de los redactores, se acordó dejar este punto* para el *Código de Procedimiento Criminal;* lo que manifiesta bien á las claras que, á juicio del gislador, los preceptos legales que establecen la presunLeción antedicha deben considerarse leyes de procedimiento. Y como ya antes hemos demostrado la vigencia de los referidos preceptos en la época inmediatamente anterior al 1.º de marzo de 1875, es evidente que no ha

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

podido en manera alguna derogarlos la promulgación de nuestro Código Penal.

PAULINO ALFONSO

Santiago, 7 de marzo de 1887.

RELACIONES RECÍPROCAS ENTRE LA PRENSA Y LA LEGISLACIÓN

(Conclusión)

OFICINA DE ESTADÍSTICA.—La ley de 17 de septiembre de 1847, en su artículo 12 determina que "al principio de cada año se ordene y publique un repertorio nacional que contenga todos los datos, noticias y estudios que bajo cualquier aspecto pueda ser conveniente que vean la luz pública y en que se hagan las comparaciones y se saquen las deducciones necesarias para formar juicio acerca de las condiciones del país".

El decreto de 14 de noviembre de 1876, que añadió una sección de geografía á esta oficina, ordena en su artículo 1.°, número 3, publicar mapas reducidos de la República, los cuales pueden ser aplicados á la enseñanza de las escuelas.

Otro decreto de 15 de noviembre de 1876, encargando á la sección geográfica de la Estadística coleccionar las obras científicas sobre la materia que se publiquen en Chile, la autoriza por el artículo 3.° para incluir en las listas de los cambios las demás publicaciones chilenas, sirviendo de intermediaria para el canje de estas obras á los establecimientos literarios y científicos del país que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

deseen remitirlas y que pretendan adquirir del extranjero otros libros que pueden obtenerse por el cambio.

Convenciones internacionales.—1. Chile tiene celebrados arreglos internacionales sobre cambios de publicaciones literarias con los siguientes Estados:

República Arjentina.	20 de mayo de 1870
Ecuador.	8 de enero de 1870
Guatemala.	6 de junio de 1879
Honduras	16 de mayo de 1870
Nicaragua	Id.
Salvador.	Id.

El texto casi uniforme de esas estipulaciones es el siguiente:

"Art. 1.º Los gobiernos contratantes se enviarán recíprocamente y en el más breve término que fuere posible dos ejemplares de cuantas publicaciones se hagan por la imprenta, y con los requisitos de la ley en sus respectivos territorios; exceptuándose los diarios, hojas sueltas y opúsculos de interés puramente privado ó que por su contenido no merecieren ser considerados como producciones literarias ó científicas.

"Art. 2.º Á medida que uno de los dos gobiernos reciba las publicaciones enviadas por el otro, dará aviso de su recepción en el periódico oficial, designando el lugar y la imprenta de su procedencia para que llegue á noticia de los que deseen adquirirlas.

"Art. 3.º Lo que queda estipulado en los dos artículos precedentes regirá respecto de las publicaciones de cartas geográficas, generales ó parciales, planos topográficos y demás obras de esta naturaleza.

"Art. 4.º Existirá la misma obligación aún cuando las publicaciones de que se trata no se hicieren en algu-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no de los países, si fueren hechas por cuenta de sus respectivos gobiernos ó con su auxilio ó subvención.

»Art. 5.º Aún de las publicaciones que hicieren fuera del suelo patrio los ciudadanos de uno ú otro país, procurará su respectivo gobierno adquirir y remitir al otro gobierno dos ejemplares si su adquisición fuere fácilmente posible.

»Art. 6.º Uno de los dos ejemplares de las publicaciones de que se trata en el presente convenio será depositado por el gobierno que lo reciba en una sección de la Biblioteca Nacional especialmente destinada á las publicaciones de la otra nación.

»Art. 7.º Cada uno de los dos gobiernos procurará formar una colección completa de los libros ya publicados en su territorio, especialmente de los relativos á su historia y geografía, y la remitirá al otro tan en breve como le fuera posible.»

2. Por ley de 12 de enero de 1880 se autorizó al gobierno para aceptar las estipulaciones de la Convención Universal de Correos celebrada en París en 1878.

Las siguientes se refieren á la prensa:

»Sus efectos se refieren á cartas, tarjetas postales é impresos de toda especie (art. 2).

»Los portes para los impresos de toda especie, son 5 céntimos (un centavo) por cada objeto ó paquete que lleve una dirección particular, por cada peso de 50 gramos, con tal que el objeto ó paquete no contenga ninguna carta ó anotación manuscrita de carácter de correspondencia actual y personal, y se encuentre acondicionado de manera que se pueda inspeccionar fácilmente (art. 5.º, número 3.º).

»No debe darse curso... á los paquetes de papeles de negocios é impresos de toda especie cuyo peso exceda de dos kilogramos» (art. 5.º, núm. 4).

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Ley sobre abusos de la libertad de imprenta.— Por último, y para completar estos apuntes, que sin duda ofrecerán una utilidad práctica no sólo á los hombres del foro sino de la prensa, conviene tener presente en esta materia la importantísima ley sobre abusos de la libertad de imprenta, de 17 de julio de 1872, cuyo contexto, por ser demasiado conocido, omitimos insertar.

VIII

OTRAS DISPOSICIONES CIVILES

Juicio Ejecutivo.—La ley de 8 de febrero de 1837 dispone en el artículo 46, que, junto con los tres pregones de dos en dos días para la subasta de los bienes muebles, y de seis en seis si fueren raíces, se fijen igualmente carteles, y se publiquen avisos en el diario del lugar.

Rejistro Conservatorio de bienes raíces.—El reglamento de 24 de junio de 1857 dispone:

Por el artículo 3.º, que en toda oficina de notario exista un cuadro que contenga el reglamento impreso.

El 58 dice literalmente: «Para inscribir la transferencia por donación ó contrato entre vivos de una finca que no ha sido antes inscrita, exigirá el conservador constancia de haberse dado aviso de dicha transferencia al público por un periódico del departamento, si lo hubiere, y por carteles que se hayan fijado en tres de los parajes más frecuentados del departamento, con las designaciones relativas á las personas que transfieren y á los límites y nombre de la propiedad, materia del contrato.

»La fijación de carteles se hará constar al conservador por certificados del escribano ó juez del lugar, puestos al pie de dichos carteles, para que de este modo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

conste también que ha habido en el contenido de ellos la exactitud necesaria.

«Se sujetarán á la misma regla la inscripción ó registro de la constitución ó transferencia por acto entre vivos de los derechos de usufructo, uso, habitación, censo ó hipoteca que se refieran á inmuebles no inscritos.

«Hasta treinta días después de dado el aviso no podrá hacerse la inscripción.»

Según el artículo 13, la falta de estos requisitos autoriza al conservador para negarse á hacer la inscripción.

Rejistro del Comercio.—En el reglamento de 1.º de agosto de 1866 se determina lo siguiente:

«Art. 42. En la oficina del conservador, en lugar visible, habrá tres cuadros impresos, conteniendo, el uno este reglamento, el otro el del conservatorio de bienes raíces, y el tercero el de los arancelés judiciales.»

Aranceles Judiciales.—Según lo dispuesto por el decreto supremo de 21 de diciembre de 1865, deben ellos, «hallarse en un cuadro impreso colocado en un lugar accesible á todos los concurrentes, en todas las secretarías de cortes y juzgados y en todas las oficinas de notarios y conservadores.»

Términos de prueba y emplazamientos.—La tabla de distancias entre las capitales de departamento, para estos efectos, formada por la Dirección General de Correos, debe, segun lo dispuesto en el artículo 9.º de la ley de 9 de octubre de 1855, «publicarse en el periódico oficial y circularse por el Gobierno á todos los tribunales y juzgados.»

J. Joaquín Larraín Z.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN EXTRANJERA

LEGISLACIÓN CIVIL BOLIVIANA

(Continuación)

El adoptante debe ser mayor de 50 años, porque la adopción hecha antes podría obstar al matrimonio. En esa época no debe tener hijos ni descendientes legítimos, y es menester, además, que su edad exceda á la del adoptado, siquiera en 15 años. La adopción no puede hacerse por muchos, si no es por dos esposos de consuno; uno solo de éstos es inhábil para adoptar. No tiene lugar antes que el adoptado tenga 14 años, debiendo entonces intervenir en ella su curador y el ministerio público, y deliberar el juez sobre su conveniencia. Si el adoptado fuere menor de 25 años y estuvieren vivos sus dos padres ó sólo el uno, está obligado á presentar su consentimiento. Es preciso, por último, que en su minoridad y durante seis meses, á lo menos, hubiese recibido socorros y cuidados de parte del adoptante.

Las condiciones de la adopción remuneratoria son menos rigurosas, por cuanto emana del reconocimiento del adoptante, cuyos efectos ha querido favorecer la ley. Así, basta que sea de más edad que el adoptado y no tenga hijos ni descendientes legítimos.

Los principales efectos de la adopción son: conferir al adoptado el apellido del adoptante; producir diversos impedimentos de matrimonio; crear entre ambos la obligación de alimentarse, establecida para los padres y los hijos; dar al adoptado derecho á la sucesión del adop-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tante, siempre que éste no tenga descendientes legítimos ó naturales, ni hubiere cónyuge sobreviviente. Este derecho no se extiende á los bienes de los parientes del adoptante, ni estorba la herencia de la familia natural.

Capítulo X.—De la patria potestad

(Arts. 188 á 194)

La *patria potestad* es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley, que da al padre y á la madre durante un tiempo limitado y bajo ciertas condiciones, el cuidado y vigilancia de la persona, la administración y el goce de los bienes de sus hijos.

De la patria potestad derivan las reglas que han de mantener el orden en la familia, así como los principales derechos y deberes que obligan y ligan más estrechamente á los miembros de todas esas pequeñas sociedades naturales, cuya agregación forma la gran familia civil.

Hay tres cosas que considerar en esta materia: la subordinación de los hijos á la magistratura paterna, que ha precedido á todas las magistraturas públicas; el poder respectivo del padre, y el usufructo legal del mismo y de la madre.

La subordinación de los hijos está prescrita por la naturaleza. En toda edad deben ellos honra y respeto á los autores de su existencia, los cuales les deben, por su parte, alimentos y educación. No pueden, mientras son menores, dejar la casa paterna, sin permiso del padre ó de la madre sobreviviente, excepto por alistamiento voluntario en el ejército, á la edad de 18 años cumplidos.

El poder correctivo se ejerce cuando un hijo sujeto á la potestad de su padre y madre, y aunque hubiese salido

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de ella, les ha dado por su conducta motivos graves de descontento. En este caso, la magistratura de que se hallan revestidos, les da derecho á la imposición de moderados castigos domésticos; mas si éstos no bastaren á impedir la repetición de las faltas, pueden ponerles en una casa de corrección, mediante la autoridad del juez, á quien toca regular la duración de la pena, conforme á la edad y al estado del hijo (art. 443 del Código Penal).

Si las faltas consistieren en ultrajes ó malos tratamientos de obra, el hijo culpable podrá, además, ser desheredado, sin perjuicio de las penas que merezca, con arreglo á las leyes (art. 444).

El padre y madre legítimos tienen el usufructo de los bienes de sus hijos, hasta que éstos lleguen á la mayoridad ó se emancipen. Este derecho pertenece al padre, durante el matrimonio, y á la madre cuando él hubiese fallecido; mas no se extiende á los bienes adquiridos por la industria de los hijos, ni á los que les sean donados ó legados, con exclusión del usufructo.

Capítulo XI.—De la tutela y curatela, y de la emancipación

(Arts. 195 á 255)

En el estado de minoridad, el hijo tiene necesidad de defensa y de protección. Á falta del padre y la madre, protectores que le dan la naturaleza y la ley, es asistido por la tutela, magistratura destinada á suplirlos.

La *tutela* es el poder conferido á una persona para defender al menor impúber que por la debilidad de su edad no puede defenderse él mismo. Es un cargo público, á la vez que un cargo de familia.

El Código reconoce cuatro especies: la tutela natural

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

del padre y la madre; la deferida por el padre ó la madre; la legítima de los ascendientes y parientes dentro del 4.º grado, y la dativa, deferida por el juez. Conviene distinguir la tutela natural de la patria potestad, que trae consigo la administración de los bienes de los hijos menores, durante el matrimonio. Sólo después de la muerte de uno de los esposos, comienza la tutela propiamente dicha, correspondiente por derecho al que sobrevive. Hay sí esta diferencia entre el padre y la madre: ésta puede rehusar la tutela, mientras que aquél no lo puede; además, la tutela de la madre es limitable por la adjunción de un *asociado* á su desempeño, lo cual no sucede en la del padre.

El padre ó la madre sobreviviente tiene la facultad de elegir para sus hijos un tutor, pariente ó extraño á la familia, mediante acto de última voluntad, por cuya razón suele llamarse *testamentaria* esta tutela.

Cuando no hay padre ni madre, ni tutor nombrado por el sobreviviente de éstos, la tutela pertenece de derecho al abuelo paterno de los menores; en su defecto, al materno, y así en los grados superiores de la línea ascendente. En cuanto á los parientes colaterales, el más inmediato en cualquiera línea, es también tutor legítimo, á falta de ascendientes.

No existiendo las tres primeras tutelas, tiene lugar la dativa, que otorga el juez del domicilio del menor, á solicitud de los interesados, ó bien de oficio, ó á petición de cualquier vecino del lugar.

En toda tutela debe haber un tutor fiscal, nombrado por el juez, cuyas funciones consisten en celar y denunciar la conducta del tutor principal, siempre que fuere lesiva á los intereses del menor.

La administración de la tutela se extiende á la persona y á los bienes del pupilo.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Respecto á la persona, su administración se reduce principalmente á los tres puntos siguientes: cuidar del menor, es decir, proveer á su mantenimiento y á su educación; provocar, en caso necesario, el ejercicio de la corrección legal por faltas graves y reiteradas del menor; representarle en los actos de la vida civil.

Con relación á los bienes, los actos del tutor se dividen, según su importancia, en dos clases: los de pura administración, en los cuales obra solo, y los de enajenación ó hipoteca de bienes raíces, para los que necesita autorización judicial.

Toda tutela, inclusa la del padre y la madre, acarrea la rendición de la cuenta del tutor, al fenecimiento de su cargo.

La tutela termina por la excusa ó la destitución del tutor; por la muerte del mismo ó del pupilo; por la expiración del tiempo ó el cumplimiento de la condición fijados para ella, y por haber llegado el menor á la pubertad.

La *curatela* es la autoridad que se confiere á una persona para la administración y gobierno de los bienes y negocios de un menor púber, ó de un mayor que, por su imbecilidad ó demencia habitual, se halla imposibilitado para el manejo de sus cosas. Por estas causales tiene lugar la *interdicción* en cuya virtud el juez, á solicitud de un pariente, del ministerio público ó de oficio, nombra curador al entredicho.

El efecto de la interdicción es asimilar, en general, el entredicho al menor, tocante á su persona y á sus bienes, poniendo sus derechos y acciones civiles en manos del curador, cuyas funciones son regidas por las mismas reglas que las del tutor. El marido es, por derecho, curador de su mujer menor ó inhabilitada; la mujer puede también ser nombrada curadora de su marido imbécil ó demente.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La curatela termina con la *mayoridad*, que se cumple á los 21 años, y con la cesación de las causas que motivaron la interdicción.

Emancipación es un acto por el cual el menor sale de la patria potestad ó de la curatela, y adquiere antes de su mayoridad, el derecho de gobernarse, así como el de administrar sus bienes.

La emancipación es tácita ó expresa: tácita cuando se opera de pleno derecho, por el matrimonio; expresa, cuando se efectúa por la voluntad declarada del padre, de la madre ó del curador y el juez, en los respectivos casos. El padre puede emancipar al menor que hubiese cumplido 15 años; el curador, con otorgamiento del juez, sólo á los 18.

El padre puede ser obligado á emancipar á sus hijos, entre otros casos, cuando los castiga cruelmente y cuando los prostituye.

SECCIÓN SEGUNDA.—DE LOS BIENES Y DE LAS DIFERENTES MODIFICACIONES DE LA PROPIEDAD

Capítulo Primero.—De la distinción de los bienes

(Arts. 266 á 288)

La Providencia ha colocado junto al hombre las cosas y los bienes sobre los cuales ejerce su dominio y manifiesta su poder.

En el lenguaje jurídico se comprende bajo la palabra *cosas* todo lo que puede llegar á ser el objeto de un derecho ó de una obligación, lo que puede pertenecer á alguno, lo que se puede poseer, todo aquello de que el hombre puede reportar alguna ventaja ó goce, aunque no lo posea ni esté en su patrimonio, como el aire, el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mar, los animales salvajes. Los *bienes*, al contrario, designan las cosas poseídas y que forman nuestro patrimonio, como un caballo, una casa, un campo.

Los bienes son corporales ó incorporales: los primeros son percibidos por los sentidos; se puede verlos y tocarlos, como un libro, un reloj: los segundos no impresionan los sentidos y sólo son comprensibles por el entendimiento, no consistiendo más que en un derecho, como el de usufructo, de sucesión, etc. En este concepto el *bien* se considera incorporal, aunque la *cosa*, objeto del derecho, sea corpórea.

Las cosas corporales son bienes *muebles* é *inmuebles*: los unos pueden trasladarse de un lugar á otro, sea por su propia fuerza, como los seres animados, sea por medio de una fuerza extraña, como las cosas inanimadas; las otras no pueden trasportarse sin destrucción ó deterioro, como los edificios, las heredades, etc.

Las cosas incorporales no son en sí mismas muebles ni inmuebles; la ley les da una ú otra de estas cualidades, según la naturaleza de la cosa corpórea que tienen por objeto.

Las cosas, en su relación con los que las poseen, se distinguen en *comunes*, que no pertenecen á nadie, pero cuyo uso es común á todos, como el aire, los peces, los animales salvajes, y en *públicas*, *municipales* ó *privadas*, en razón de tener sobre ellas derecho de dominio el Estado, los municipios ó los individuos ó personas colectivas.

Los bienes son considerados bajo dos aspectos principales: ó bajo el de la propiedad, vista en su naturaleza y en sus modificaciones, ó relativamente á los diferentes modos de adquirirla y de trasmitirla.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Capítulo II.—De la propiedad

(Arts. 289 á 318)

La propiedad es la base fundamental de todas las sociedades, pues vivifica, extiende y ensancha la humana existencia. Su origen se pierde en la oscuridad de los tiempos, y apénas se puede presentar al respecto conjeturas más ó menos verosímiles.

Según el sistema moderno de organización de la propiedad adoptado en la República, no existen sobre los bienes más derechos que los siguientes:

Ó se tiene una propiedad plena que encierra igualmente el derecho de gozar y de disponer de la cosa; ó no se tiene más que un simple derecho de goce, sin la facultad de disponer, ó, en fin, sólo se tiene derecho á ciertos servicios sobre la propiedad ajena, establecidos para el uso y utilidad de la nuestra, sin ninguna sujeción á la persona.

El propietario, como dueño absoluto de la cosa, puede usar de ella, conservarla, destruirla ó transferirla, á su arbitrio. Esta libertad, sin embargo, como todas las demás que garante la sociedad, se halla limitada por las leyes ó reglamentos, cuando lo requiere un interés más poderoso: el bien general, al cual debe subordinarse el interés particular. Así se explica y justifica la prohibición de pegar fuego á edificio ó á materiales propios, dando ocasión á un incendio; de colocar dentro del radio de la población, fábricas nocivas á la salud; de hacer construcciones que obstruyan la vía pública, de vender alimentos malsanos, etc. Se presume que todos se han sometido de antemano á estas diversas restricciones del dominio, prescritas por la común utilidad.

Además, si el bien general exige que sea cedida una

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

propiedad, el dueño de ella no puede rehusarlo, y sólo tiene derecho á la indemnización previa y completa de su valor.

Son tres los atributos fundamentales de la propiedad, á saber: el *goce*, es decir, los actos que tienen por fin el provecho, la utilidad ó el placer que ella proporciona; la *exclusión*, es decir, los actos que tienden á impedir á los demás el uso ó la reivindicación de la cosa, y la *disposición*, es decir, la facultad de desnaturalizar la cosa, de cambiar la forma ó la sustancia, de absorverla ó de enajenarla total ó parcialmente, para siempre ó por cierto tiempo.

La propiedad es *perfecta* ó *imperfecta*, según que los derechos comprendidos en ella subsisten todos juntos, ó que alguno ha sido segregado. Este desmembramiento de la propiedad se opera, de ordinario, por las servidumbres personales y reales, y por la hipoteca.

La propiedad de una cosa, sea mueble ó inmueble, da derecho á todo lo que se le une de manera accesoria, ya naturalmente, como el multiplicio de los animales, los frutos de los árboles, los aluviones, ya artificialmente, como la pintura hecha sobre un lienzo, el edificio construido sobre el terreno de otro.

Con relación á las heredades contiguas, la propiedad está sujeta á restricciones particulares que resultan: 1.º, del derecho ó de la obligación de cercarlas; 2.º, del deslinde, y 3.º, de la medianería.

La propiedad se pierde de diferentes modos, que se especifican así:

1.º El hecho inmediato del propietario, sea que transfiera la cosa á otro, sea que abandone su posesión.

2.º El resultado del hecho del propietario, en cuya virtud se halla obligado á cumplir empeños ó reparar faltas (arts. 955, 966 del Código Civil).

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

3.º La expropiación por precepto de la ley, mediante previa y justa indemnización.

4.º Los accidentes de fuerza mayor.

5.º En fin, la prescripción.

Capítulo III.—Del usufructo, del uso y la habitación

(Arts. 319 á 371)

Las modificaciones al derecho de goce y al de exclusión que hacen parte del derecho de propiedad, se llaman *servidumbres*, las cuales se pueden definir: Un derecho real establecido sobre cosa ajena, en cuya virtud el propietario está obligado á sufrir ó á no hacer ciertos actos, para la utilidad ó comodidad de una persona ó de una heredad vecina.

Las servidumbres emanan de la ley ó del hecho del hombre y se dividen en dos clases principales: las servidumbres personales y las reales, conocidas también como *servicios raíces.*

Una servidumbre es personal cuando se ha establecido en favor de un individuo, ligándola á su persona, de manera que no se transfiere á sus sucesores y se extingue con él. Tales son: el usufructo, el uso y la habitación. Pero en ningún caso comprenden las servidumbres servicios impuestos á una persona respecto de otra, sino solamente á un fundo ó para un fundo.

MELCHOR TERRAZAS

(Concluirá)

IMP. CERVANTES, Bandera 73

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO II Santiago, 1.º de mayo de 1887 NÚM. 12

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Sucinta reseña histórica de la Constitución de la República de Chile, jurada y promulgada en 25 de mayo de 1833, por don Jorge Huneeus.—Comentario del Título preliminar y del Título I del Libro I del Código de Comercio (continuación), por don José Alfonso.—La abuela ilegítima ú otros parientes ilegítimos lejanos ¿tienen algún derecho en nuestra legislación? por don Ramón Chavarría Contardo.—Legislación civil boliviana (continuación), por don Melchor Terrazas.—Revista bibliográfica, por La Dirección.—Sumario general del tomo segundo.—Cuadro de los colaboradores del tomo segundo.—Erratas notables.

SUCINTA RESEÑA HISTÓRICA DE LA CONSTITUCIÓN de la República de Chile, jurada y promulgada el 25 de mayo de 1833.

Santiago, 14 de abril de 1887.

Señor Ministro:

Tuve el día 9 del presente abril la honra de recibir el oficio que, en mi carácter de profesor de Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad, se ha servido V. S. dirigirme con fecha 31 del próximo pasado marzo.

En su referido oficio me comunica V. S. haber recibido de nuestro Ministro Plenipotenciario y Enviado Extraordinario en Washington, otro fechado el 22 de diciembre último, del cual me acompaña V. S. copia autorizada, como también de la carta dirigida el 1.º de aquel mes y año á nuestro recordado Plenipotenciario, por don Alejandro Anderson, secretario del comité organizado para estimular la celebración del primer centenario de la Constitución vigente en los Estados Unidos de América y el cuarto centenario del descubrimiento de nuestro continente.

Añade V. S. que la lectura de ambas piezas me informará de que, con motivo de la celebración proyectada, el comité ya aludido ha con-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cebido la idea de reunir en un volumen y en idioma inglés las Constituciones de las quince Repúblicas hispano-americanas, acompañando á cada una de ellas una sucinta reseña de su historia.

Termina V. S. expresándome que, acogido por el Gobierno aquel hermoso propósito del comité americano, ha creído V. S. que yo me encontraría en situación de aceptar el encargo que V. S. se sirve insinuarme, de preparar el trabajo histórico que se solicita, en lo que concierne á nuestra Constitución.

Apenas necesito expresar que agradezco vivamente los términos, por demás benévolos, con que V. S. ha tenido á bien honrarme al confiarme el encargo á que me he referido, y que, aceptándolo, he procurado evacuarlo pronto, á fin de que el rapidísimo bosquejo que he preparado en medio de otras múltiples ocupaciones, y que me permito acompañar á V. S., llegue á Washington en tiempo oportuno, ya que el primer centenario de la actual Constitución de los Estados Unidos de América se cumplirá el 17 de septiembre del presente año.

Disimule V. S. que me tome la libertad de indicar que el ejemplar más completo de nuestra Constitución, con todas las reformas é interpretaciones dictadas hasta la fecha, que puede enviarse á Washington, para los efectos que allí se tienen en mira, sería el que se contiene en las páginas 1 á 58, de la interesante recopilación recientemente publicada en esta capital por mi distinguido alumno don Ramón Chavarría Contardo.

Con este motivo me es grato suscribirme de V. S., señor Ministro muy atento y obsecuente servidor

(Firmado)—Jorge Huneeus

Al señor Ministro de Relaciones Exteriores de Chile, don Francisco Freire

---

Ninguna importancia tienen, para dar á conocer el origen de la Constitución que hoy rige en Chile, el Reglamento provisorio sancionado el 14 de agosto de 1811; ni la Convención ajustada el 12 de enero de 1812 entre los delegados de la Junta de gobierno de Santiago y los de la de Concepción; ni el Reglamento Constitucional provisorio sancionado el 27 de octubre de 1812, que rigió

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

hasta el 6 de octubre de 1813; ni, finalmente, el Reglamento para el gobierno provisorio de 17 de marzo de 1814, que rigió sólo hasta el 23 del siguiente junio, fecha en la cual don José Miguel Carrera asumió el mando supremo en junta organizada con el presbítero don Julián Uribe y con don Manuel Muñoz de Urzúa.

El régimen político que aquellos ensayos constitucionales iniciaron, cayó por tierra, juntamente con la «Patria Vieja», en Rancagua el 2 de octubre de 1814, fecha inicial de la éra luctuosa que se conoce con el nombre de «Reconquista española» y que terminó en Chacabuco el glorioso día 12 de febrero de 1817.

Después del brillante triunfo que las armas chileno-argentinas obtuvieron contra las españolas en la memorable jornada de Chacabuco, el general don Bernardo O'Higgins fué proclamado en Santiago por doscientos diez individuos reunidos en asamblea popular ó *cabildo abierto*, Director Supremo de la *República* de Chile. Aquel gobierno no pudo ser, como es fácil comprenderlo recordando las circunstancias en que se organizó, sino un gobierno de hecho, esencialmente militar y revestído de facultades omnímodas, incompatibles con todo sistema constitucional.

Cuando se hubo proclamado solemnemente la independencia de la República de Chile el 12 de febrero de 1818, y las huestes españolas hubieron experimentado nueva y decisiva derrota en los campos de Maipo el 5 de abril del mismo año, fué forzoso constituir la República de una manera regular, aunque fuera sólo aparentemente.

Dictóse, al efecto, la Constitución de 1818, publicada el 10 de agosto de aquel año y sancionada el 23 de octubre siguiente.

Apenas es necesario insinuar que esa Constitución,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

como todas las que poco ó mucho han regido en Chile, establecía la forma de gobierno republicana y abolía la esclavitud. Acerca de tan graves problemas políticos jamás ha habido divergencia de opiniones entre los chilenos. Pero, al confiar el Poder ejecutivo á un director supremo casi omnipotente, aquel Código se cuidó poco del Poder legislativo, que encomendó á un Senado compuesto de cinco vocales propietarios y de cinco suplentes, todos nombrados por ese mismísimo Director Supremo. Esta sola circunstancia basta para comprender que la Constitución de 1818 no importó en realidad otra cosa que la consagración de la *dictadura* de hecho, que á la sazón ejercía el general O'Higgins, y que en nada cambió la anterior situación de la cosa pública.

Hubo de pensarse, por lo tanto, en dictar una nueva Constitución que desvaneciera la justísima alarma causada por la prolongación de un sistema dictatorial que contaba ya con más de cinco años de fecha. Promulgóse otra el 30 de octubre de 1822.

Más desgraciada fué la nueva que su antecesora, pues había sido combinada también para mantener, más ó menos veladamente, toda la suma del poder público en manos del Director Supremo, cuyo mandato prolongaba por *diez* años más todavía. ¡Apenas tres meses alcanzó á regir la Constitución de 1822! El 28 de enero de 1823, fecha de la abdicación del general O'Higgins, puso término súbitamente á la existencia de aquel Código, cuya muerte coincidé casi con su nacimiento.

La junta provisoria que asumió el gobierno de la República el mismo día de la abdicación del general O'Higgins, cedió pronto su puesto al capitán general don Ramón Freire. Cuando este bizarro y simpático jefe desempeñaba la dirección suprema del Estado, se promulgó, el 29 de diciembre de 1823, la Constitución política

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

conocida con el nombre de aquel año. Obra, en su mayor parte, del señor don Juan Egaña, esa Constitución que ha regido como *ley* en *lo judicial* hasta el 1.º de marzo de 1876, era en todo lo demás en extremo complicada, difusa, reglamentaria y tan impracticable, que una *simple ley*, dictada el 10 de enero de 1825, la *declaró insubsistente en todas sus partes.*

¡Fatal antecedente el de un Congreso *constituido* que derriba por completo la Constitución misma que le había dado existencia! Ese fenómeno chocante de un poder meramente legislativo que se sobrepone á la ley fundamental que le dió vida, se repitió más tarde con motivo de la reforma de la Constitución de 1828.

Desde el recordado día 10 de enero de 1825 hasta el 8 de agosto de 1828, fecha en que se promulgó la Constitución que lleva al pie la firma del Vicepresidente de la República, general don Francisco Antonio Pinto, y la de los ministros don Carlos Rodríguez, don Francisco Ruiz Tagle y don José Manuel Borgoño, la República careció de toda Constitución propiamente dicha.

Semejante estado de cosas no podía prolongarse. La inquietud natural de los espíritus, producida por los repetidos cambios en el personal del ejecutivo, por movimientos militares del peor carácter, por el justo deseo de poner término á tan anómala situación, y por la noble aspiración de alcanzar lo que se creía más perfecto, contribuyó á generalizar las ideas federales. Algunos varones tan ilustrados como ilusos, creían encontrar en ellas un eficaz remedio para la salvación de la República, suponiendo que el sistema político adoptado con tan buen éxito por los Estados Unidos de América habría de producir en Chile idénticos resultados.

¡Error funesto que ha causado males gravísimos á más de una de las Repúblicas hispano-americanas!

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Si es verdad que la Constitución de 1828, obra del partido liberal entonces imperante, adoptó la forma *unitaria* de gobierno, debe reconocerse que en sus detalles no se ajustó á esa base. Al fijar en *ocho* el número de las provincias de nuestro territorio; al establecer en cada provincia una asamblea especial, compuesta de doce miembros, á lo menos, elegidos directamente por el pueblo; al confiar á esas asambleas, distintas por supuesto de las municipalidades y de las dos Cámaras que formaban el Congreso Nacional, las atribuciones que detalla el artículo 114 de aquel Código, algunas de éstas tan graves, como la de nombrar senadores, la de proponer para los nombramientos de intendentes; al hacer todo esto, se obró, sin duda, con los más sanos y más levantados propósitos, pero se echó en olvido que, en aquella época de desórdenes y turbulencias, era menester organizar un Poder ejecutivo central que estuviera investido, á lo menos, de las facultades necesarias para hacer efectivas la seguridad de los ciudadanos y la conservación del orden público.

La Constitución de 1828, bellísimo conjunto de principios liberales y de preceptos hábilmente combinados, es una de las más adelantadas que se conocen. Escrita por el eminente literato español don José Joaquín de Mora, encanta su lectura. ¡Desgraciadamente aquella obra simpática no correspondía á la verdadera y entonces poco satisfactoria situación de la República! Fué dictada medio siglo antes de la fecha en que habría debido serlo, y corrió la misma triste suerte que el destino había deparado á sus tres antecesoras, las Constituciones de 1818, de 1822 y de 1823. Aunque pretendió regir sin alteración solamente hasta el año de 1836, fijado para su reforma en su artículo 133, apenas alcanzó un lustro de precaria y ficticia existencia, cediendo el puesto,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

después de agitada lucha y de violentos transtornos, á la que fué jurada y promulgada el 25 de mayo de 1833.

¿Cómo pudo efectuarse esa reforma tres años antes de la fecha que para ello determinaba la mismísima ley fundamental que se intentaba modificar?

Para contestar la interrogación precedente, bastará recordar, á fin de no salir de los límites de este rapidísimo bosquejo, que la guerra civil que, en la segunda mitad de 1829, estalló entre el partido liberal ó *pipiolo*, á la sazón gobernante, y el partido conservador ó *peluc*ón, tuvo sangriento desenlace á favor de este último, en el campo fatídico de Lircay el nefasto día 17 de abril de 1830.

Enseñoreado del poder público el partido triunfante, se preocupó muy principalmente de arbitrar algún medio que, salvando las apariencias, hiciera posible derogar la Constitución de 1828, que había sido cien veces violada y que regía sólo nominalmente. Toda reacción política es siempre más ó menos violenta después de una lucha fratricida, y como el sendero de la inconstitucionalidad había sido adoptado por el partido liberal, cuando por una simple ley declaró *insubsistente* la Constitución de 1823, el partido conservador dictó, á su turno, la ley de 1.º de octubre de 1831, no para declarar insubsistente la Constitución de 1828, sino para *anticipar* la fecha que ésta misma señalaba para su reforma.

Se ha indicado más arriba que el artículo 133 de la Constitución de 1828 prescribía que el año de 1836 convocaría el Congreso una gran Convención, con el único y exclusivo objeto de reformarla ó adicionarla, debiendo una ley determinar el procedimiento, el número de miembros de dicha Convención y demás circunstancias.

Esa ley fué dictada anticipadamente el recordado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

día 1.º de octubre de 1831, ordenando que la gran Convención destinada á reformar ó adicionar la Constitución, se reuniera *á la mayor brevedad.* En los veinte artículos que la componen, la ley citada consignó todos los detalles del caso, y todos ellos fueron cumplidos, dando lugar á que se instalara *solemnemente* el 20 del recordado mes de octubre de 1831, la gran Convención que *constitucionalmente* no debió de funcionar sino cinco años más tarde.

Fué resultado de los trabajos de esa Convención la Constitución política de 1833, obra, en su mayor parte, del señor don Mariano Egaña, uno de los miembros más caracterizados é importantes del partido conservador.

No hay para qué analizar esa Constitución que debe publicarse á continuación de estas líneas. Pero conviene, sí, recordar que ella fué dictada obedeciendo, como era natural esperarlo, á un espíritu diametralmente opuesto al que dominaba en su antecesora. Organizó la República sobre una base realmente unitaria; centralizó el Poder ejecutivo más aún de lo preciso; introdujo en nuestras instituciones el estado de sitio, y es, para decirlo todo de una vez, la misma Constitución que hoy todavía nos rige, con las reformas efectuadas en estricta conformidad á las reglas que ella prescribe, por la ley de 8 de agosto de 1871; por la de 25 de septiembre de 1873; por las dos de 13 de agosto de 1874; por la de 24 de octubre del mismo año, y, finalmente, por la de 12 de enero de 1882, que cambió sustancialmente el sistema anteriormente establecido para efectuar la reforma del propio Código fundamental.

Si éste adoleció en su origen de un vicio evidente, es forzoso confesar que el transcurso de más de un medio siglo lo ha purgado con exceso. Cualesquiera que sean

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

los defectos de que adolezca nuestra Constitución, que toda obra humana los tiene, debe reconocerse que, á su sombra, nuestra joven República ha prosperado cual otra alguna de sus hermanas, y ha alcanzado un puesto eminente entre las naciones más serias, más cultas y más sólidamente organizadas. El régimen constitucional ha echado en nuestro suelo tan hondas raíces, que la raquítica y débil planta de 1833 se ha convertido en un árbol semisecular y gigantesco, bajo cuyo frondoso ramaje se cobijan todos los buenos ciudadanos que habitan el fecundo y ameno territorio de Chile.

¡Nadie, nadie absolutamente pretendería hoy en la República que el Código fundamental se reformara con desviación de las reglas que él mismo tiene establecidas para tan interesante objeto!

Tal es, bosquejada en pocas palabras, la historia de la actual Constitución chilena, al presente una de las más antiguas del mundo civilizado. El comentario positivo de sus disposiciones se encuentra consignado en nuestro libro *La Constitución ante el Congreso*, al cual nos referiríamos si se quisiera entrar en detalles.

JORGE HUNEEUS.

Santiago de Chile, 14 de abril de 1887

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

COMENTARIO DEL TÍTULO PRELIMINAR Y DEL Título Primero del Libro Primero del Código de Comercio

(Continuacion)

Pero si este contrato es siempre mercantil para el porteador, puede no serlo para el que encarga la conducción, ó se hace conducir. Cuando este contratante emprende el viaje para asuntos de su negocio de comercio, ó envía efectos con el fin de especular con ellos, la calidad comercial del acto no puede ser dudosa. Cuando se trata de un viaje emprendido sin fin alguno de especulación, ó se remiten objetos no destinados al comercio, el contrato será civil. Nada obstaba, sin embargo, á que en el trasporte terrestre se observase la misma regla que rige el trasporte marítimo, en el cual no es necesario distinguir si uno de los contratantes es ó no movido por el espíritu de especulación. Todas las operaciones de trasporte debían ser siempre é invariablemente mercantiles.

Las empresas más importantes de trasporte terrestre son los ferrocarriles. Entre nosotros la mayor parte de ellos pertenece al Estado. En virtud de lo dispuesto en nuestras leyes de procedimiento acerca de la jurisdicción que corresponde al Fisco, las contiendas que se promuevan con motivo de la conducción de personas ó cargas hecha por los ferrocarriles de su propiedad serán de la competencia de los juzgados de hacienda; y, por lo demás, servirán para dirimirlas las reglas especiales dic-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tadas para esta clase de empresas. El Legislador cuidó de sancionar que las disposiciones contenidas en el párrafo 6.º del título V, libro II del Código, relativas á las reglas especiales del trasporte ajustado con empresarios públicos, no derogaban la ley de policía de ferrocarriles (art. 232) de 6 de agosto de 1862, dictada más de cuatro años antes que el Código, el cual comenzó á regir desde el 1.º de enero de 1867. Pero en dicha ley se había también establecido que el servicio de trasporte de personas y mercaderías hecho por ferrocarriles se sujetaría á los principios legales relativos al contrato de trasporte, en todo lo que no fueren incompatibles con la especialidad del medio de conducción empleado (art. 39).

Estas disposiciones revelan que la ley especial de policía de los ferrocarriles debe prevalecer sobre los principios que gobiernan el trasporte, pero que, en lo que la citada ley no haya estatuido, regirán estos principios. Salvo la especialidad creada por la ley que los reglamentó, los ferrocarriles son legalmente empresas de trasporte de la misma naturaleza y condición que todas las empresas que tienen por objeto conducir personas y cargas.

Los ferrocarriles del Estado, aunque sujetos á la jurisdicción de hacienda, se encuentran en esta condición. Así lo ordenó también expresamente la ley de 4 de enero de 1884, dictada para su régimen y administración, la cual ley, en su artículo 78, dispone que, "considerados como empresa de acarreo y trasporte, los ferrocarriles del Estado estarán sujetos á las leyes vigentes para esta clase de empresas".

Debe advertirse que la ley de 1862 se refiere á toda clase de ferrocarriles, ya pertenezcan al Estado, ya á particulares; y que la de 1884 sólo reglamenta la admi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nistración de los ferrocarriles del Estado. Por consiguiente, la primera continuará vigente en todas sus partes respecto de las empresas de propiedad privada, y regirá también los ferrocarriles fiscales en cuanto no haya sido derogada por la segunda, la cual, como no contiene cláusula especial de derogación, habrá dejado en vigor los preceptos de la ley de 1862 en lo que no sean incompatibles con sus disposiciones.

Dadas la condición y naturaleza de los ferrocarriles, en algunos aspectos distintas de las otras especulaciones de trasporte, era no sólo conveniente sino necesario que la ley los reglamentara sancionando preceptos especiales adecuados á esta nueva clase de empresas. Fué lo que se hizo por medio de la ley de 1862; pero, en su calidad de ley destinada á reglar empresas de acarreo reputadas mercantiles, ninguna consideración aconsejaba no incluirla en el Código de Comercio, ya que las disposiciones que contiene debian servir para el gobierno de empresas de esa clase. Realizan los ferrocarriles los mismos actos de comercio á que el Legislador dedicó todo el título V del libro II del Código, desde el artículo 166 hasta el 232. Por esto pensamos que la ley de 1862 debió ser incorporada al Código, sin perjuicio de las reglas especiales á que el Estado hubiera creído oportuno someter los ferrocarriles de su propiedad, como lo verificó después por medio de la ley de 1884. El Código de Comercio Alemán contiene un capítulo dedicado exclusivamente á reglamentar el trasporte por ferrocarriles.

La intervención del Estado en la construcción y régimen de los ferrocarriles no puede dejar de ofrecer inconvenientes. Por la naturaleza de sus funciones, el Estado tiene que ser un mal negociante. Los costos de construcción y conservación serán de ordinario más crecidos que si fueran hechos por cuenta de particulares, y segu-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ramente la administración será también más dispendiosa. Pero en esta materia hay una doble consideración que puede obligar al Estado á encargarse de operaciones que salgan de su natural competencia. El valor cuantioso de algunas vías férreas reputadas indispensables, no permite á veces que sean construídas por particulares. Entonces el Estado, que puede disponer de recursos suficientes, emprende la ejecución de ellas por su cuenta. Además, el Estado no busca en esta clase de obras un rendimiento inmediato, ni el interés corriente de los capitales que en ellas invierta. Las lleva á cabo en beneficio general, una vez que adquiere la convicción de que van á servir de impulso á la industria y de fomento á la riqueza pública.

El sistema de la garantía, que comienza á emplearse, y que consiste en que el Estado asegure á empresas particulares un tanto por ciento de interés del capital en que se regula el costo de la vía férrea, concilia y une los dos procedimientos; pero debe ser usado con prudencia y mesura para no hacer pesar sobre el erario un gravamen que puede ser de larga duración.

Los ferrocarriles urbanos construídos para conducir personas dentro del recinto de las poblaciones, son naturalmente empresas mercantiles. Su objeto es la especulación, y están comprendidos en la letra y espíritu de este número.

Las empresas de coches, carretas, carretones y de toda clase de vehículos que se propongan conducir personas ó cargas, se encuentran en la misma condición.

La compra de un ferrocarril debe ser estimada acto de comercio. No puede tener otro fin que el de especular con su explotación. Establecimientos comerciales, los ferrocarriles tienen que ser regidos por el precepto del número 2.º, que declara mercantil la compra de esta cla-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se de establecimientos: entretanto, aparte del material rodante, una empresa de esta especie comprenderá el asiento de la vía férrea, las estaciones, maestranzas, bodegas, etc., inmuebles que serán incluídos necesariamente en la enajenación. Sin estos inmuebles no se concebiría la existencia de un ferrocarril. Hé aquí el traspaso de inmuebles efectuado en virtud de una operación comercial.

El arrendamiento de un ferrocarril debería ser considerado igualmente acto de comercio. El arrendatario sólo puede proponerse la conducción de personas y cargas, constituyéndose en verdadero empresario de trasporte. No puede imaginarse un giro en que el carácter mercantil esté más de manifiesto. Si la formación de un ferrocarril, si su compra, atendida la clase de especulación que se va á emprender, están sometidas á la ley de comercio, ¿por qué el arrendamiento, que persigue idénticos fines, no estaría sujeto á la misma ley? Sin embargo, examinando el arrendamiento de una fábrica, hemos dado la razón que nos induce á pronunciarnos en un sentido negativo. Una cosa es la teoría que reputamos más conforme á la índole del comercio, y otra, es el mandato de la ley que ha dicho que sólo el arrendamiento de cosas muebles es acto de comercio; y como en una empresa de ferrocarril han de prevalecer los inmuebles, su arrendamiento no será comercial.

7.º Son actos de comercio *las empresas de depósito de mercaderías, provisiones ó suministros, las agencias de negocios y los martillos.*

En las plazas comerciales de importancia, especialmente cuando son puertos de mar, el depósito de mercaderías y de toda especie de cosas muebles da origen á muchas especulaciones, algunas de las cuales representan capitales considerables. Se comprende que el que negocia con la venta ó exportación de cierta clase de efectos,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

por ejemplo, de productos de la agricultura, no disponga siempre de un local adecuado de su dominio en que depositarlos antes de que realice algunas de aquellas operaciones y mientras las lleva á efecto. Muchas negociaciones pueden encontrarse, y en realidad se encuentran en igual situación. El interés privado y la especulación, hábiles para aprovechar todas las ocasiones de lucro, se encargan de suministrar edificios apropiados al depósito, satisfaciendo, por una parte, una necesidad del comercio, y buscando, por otra, una ganancia. De aquí el carácter esencialmente mercantil de las operaciones de esta clase de depósito, y la razón de que figuren en el artículo 3.º del Código.

No debe confundirse con esta especie de empresas el depósito de las mercaderías y efectos que se importan, y que hace efectuar el Estado en almacenes que él mismo proporciona. Este depósito se regla por los preceptos especiales que contienen la ordenanza y el reglamento de aduanas; y está sujeto, en los litigios á que dé lugar, á la jurisdicción de hacienda. No es un depósito mercantil, aunque de ordinario recaiga sobre mercaderías y artículos de comercio.

Del mismo modo que en el inciso relativo al transporte, en el presente la ley habla sólo del depósito de *mercaderías*. No creemos que con esta expresión haya querido limitarse en manera alguna el alcance del precepto. Por mercaderías deben entenderse todas las cosas muebles que puedan emplearse en una especulación comercial, aun los animales. Empleadas en esta forma, el depositante y el depositario ejecutarán un acto de comercio. En los demás casos, realizando siempre el depositario una operación comercial, el depositante no habrá ejecutado sino un acto civil.

La necesidad de construir edificios especiales para

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

realizar los depósitos de que se trata, que constituyen actos de comercio, prueba una vez más que la condición de los inmuebles no es incompatible con las operaciones de tráfico mercantil. Comprar terrenos con el objeto de edificarlos, y darles exclusivamente el destino de una negociación que la ley califica de acto de comercio, debería considerarse en buena lógica como un procedimiento estrictamente mercantil.

La compra-venta de establecimientos de esta especie es evidentemente acto de comercio; está comprendida en el número 2.º, que califica de mercantil la compra de los establecimientos de comercio, sin ninguna excepción.

El arrendamiento de los mismos establecimientos debería considerarse también como acto de comercio, por motivos y consideraciones que ya hemos expuesto en más de una ocasión, y que sería ocioso reproducir.

Son mercantiles «las empresas de depósito de mercaderías, provisiones ó suministros», etc. ¿Se ha querido expresar con estas palabras que deben reputarse mercantiles, no sólo las empresas de depósito de mercaderías, sino también las empresas de *depósito* de provisiones ó suministros, ó se ha referido la segunda parte de la disposición á las empresas de provisiones ó suministros? La redacción del texto no es clara, y apreciada gramaticalmente, parece dar á entender que lo que el Legislador ha reputado establecimientos comerciales son los depósitos de provisiones ó suministros, y no la negociación de estos mismos efectos, operaciones que son sustancialmente diversas.

En esta vez, como en otras varias, la historia fidedigna del establecimiento de la ley hace desaparecer toda duda acerca de la inteligencia del precepto legal. El número 8.º del artículo 7.º del Proyecto, correlativo del número 7.º del artículo 3.º del Código, estaba redactado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en estos términos: «Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones ó suministros y espectáculos públicos, las agencias de negocios y los martillos». El Legislador reprodujo literalmente esta parte del Proyecto, con excepción de los espectáculos públicos, á los cuales reservó un inciso especial y separado. De la redacción del Proyecto no puede nacer ninguna duda: no pudiendo los espectáculos públicos ser materia de depósito, es evidente que ese texto ha querido referirse á las empresas de dichos espectáculos, y, consiguientemente, á las de provisiones ó suministros.

Por otra parte, se habría incurrido en una repetición inútil dictando una regla para el depósito de mercaderías, y otra para el de provisiones ó suministros, cuando aquéllas y éstos participan también del carácter de mercaderías.

Considerada en aquel aspecto, la disposición del inciso es también redundante y puede ser ocasionada á errores. Los establecimientos de provisiones en nada se distinguen de las tiendas y almacenes. Destinados á vender artículos de un consumo inmediato, están sin duda alguna comprendidos entre los *otros establecimientos semejantes* á que se refiere el número 5.º de este artículo. No era necesario hacer una nueva referencia á ellos en la disposición del presente número. Demasiado conocidos son los negocios de provisiones en que se especula con la venta de efectos destinados á la alimentación para que pueda vacilarse en la calificación que les corresponde, siendo en realidad, ya tiendas, ya almacenes, según la magnitud del capital con que giren, y según vendan sus efectos por mayor ó por menor.

Aunque los establecimientos de suministros que el texto equipara á los de provisiones, puedan contener utensilios además de víveres, desempeñan en el comercio

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

una función análoga á la de los negocios de provisiones, y, del mismo modo que éstos, no exigían un precepto especial, completamente innecesario después de la disposición general y comprensiva del número 5.º de este artículo.

En el giro de un establecimiento de provisiones ó suministros se ejecutarán siempre actos de comercio. El objeto de esta clase de negocios es especular mercantilmente con las provisiones ó suministros, del mismo modo que con una tienda ó un almacén. El otro contratante realizará ó no una operación de tráfico mercantil según sea el ánimo que lo haya determinado á celebrar el contrato.

Cuando los suministros sean vendidos al Estado, el contrato estará sometido á la jurisdicción de hacienda.

Las agencias de negocios, que figuran también en la disposición de este número, no han sido después tratadas en ninguna de las secciones del Código. No existiendo preceptos legales que determinen y reglamenten sus funciones ¿deberá entenderse que ellas están comprendidas en la correduría y comisión? Desde que el agente de negocios es la persona que tiene por oficio gestionar en pro de intereses ajenos, puede afirmarse que en realidad no ejerce otra profesión que la de corredor ó comisionista. El silencio que ha guardado la ley acerca de la reglamentación de las agencias es una prueba de la verdad de esta proposición. Si las agencias de negocios fueran negociaciones de un carácter especial, *sui generis*, este silencio sería incomprensible.

Concíbese que nuestro Legislador no tratara en el cuerpo del Código de materias especificadas en el artículo 3.º cuando éstas habían sido ya reglamentadas por la ley común, y no se proponía introducir en los preceptos á ellas concernientes modificación alguna, como

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ha sucedido con el arrendamiento. Las agencias de negocios no se encuentran en este caso, pues no se ocupan de ellas ni el Código Civil ni el de Comercio.

Nuestras costumbres mercantiles confirman por su parte la apreciación que dejamos expuesta, pues en el comercio se expresa precisamente una misma idea con las palabras *corredor*, *comisionista* y *agente*.

Aun sería lícito aseverar que legalmente no existen los agentes de negocios, y que los únicos intermediarios de que pueden valerse los comerciantes para llevar á cabo las transacciones son los corredores y los comisionistas. Las expresiones *agentes de negocios* y *agentes de cambio* no corresponden á ninguna idea que tenga su origen y fundamento en la ley.

También en este caso viene en nuestro apoyo la historia fidedigna del establecimiento de la ley. En el Proyecto se había destinado el título IV del libro I á fijar las reglas relativas al nombramiento de los agentes de cambio y de los corredores, y á deslindar sus atribuciones y deberes. Dividíase dicho título en tres secciones, que contenían, la primera, las disposiciones comunes á los unos y á los otros, la segunda, las concernientes sólo á los agentes de cambio, y la tercera, las especiales á los corredores. El Legislador, modificando considerablemente esta parte del Proyecto, hizo de aquel título el tercero del libro I del Código, é introdujo, entre otras, estas dos variaciones: por una parte, suprimió por completo el nombre de los agentes de cambio, y por otra hizo extensivas á los corredores las atribuciones que el Proyecto confería á dichos agentes. Así puede verse, por ejemplo, que son los corredores los que pueden intervenir en la negociación de efectos públicos y letras de cambio, encomendada en el Proyecto á los agentes, lo que pone de manifiesto que, según el mecanismo de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nuestra ley comercial, los corredores deben hacer las veces de agentes de cambio, y de agentes de toda clase de negocios. Si nuestro Legislador, buscando unidad y precisión en los preceptos del Código, no se ha ocupado de ninguna especie de agencias, es incuestionable que no las reconoce, sin que á ello sea un obstáculo la circunstancia de que este número haga mención expresa de las agencias de negocios, circunstancia que, en realidad, nada significa no acompañada de reglas ulteriores establecidas para el gobierno de tales agencias. El Código Francés reputa actos de comercio las agencias ú oficinas de negocios (agences, bureaux d' affaires), y éste es el origen de la disposición que examinamos, la cual pudo y debió ser suprimida con igual fundamento que el que aconsejó la supresión de los agentes de cambio.

Esta reforma debe ser considerada como un progreso. La diversidad de nombres que en esta materia no responda á diversidad de operaciones, es inútil, cuando no perjudicial; y ya que la comisión (en la cual debe comprenderse la correduría privada), abrazando un vasto campo, puede proporcionar á los comerciantes los intermediarios de que necesitan para sus contrataciones, era cuerdo hacer abstracción completa de los agentes de negocios, y no recargar la ley con preceptos que no pueden ofrecer utilidad práctica de ningún género.

En el examen del número 4.º creímos oportuno adelantar algunas ideas respecto de los martilleros, á consecuencia de comprenderse las operaciones de estos oficiales públicos en las del mandato mercantil. Nos concretaremos ahora á manifestar la naturaleza especial de las funciones de los martilleros.

Al crear la ley las casas de martillo, ha hecho de ellas establecimientos única y exclusivamente comerciales. Encargadas de vender públicamente al mejor postor

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

productos naturales, muebles y mercaderías sanas y averiadas, es claro que sus operaciones no pueden recaer sobre bienes raíces; pero en lo demás su esfera de acción es muy vasta. Esta latitud revela que, ya enajenen mercaderías, ya productos naturales, ya muebles, sus actos estarán siempre sometidos á la ley de comercio; como asimismo que no es necesario que el acto vaya acompañado del ánimo de especulación para que asuma el carácter de mercantil. Cuando se venden los muebles de una habitación, no podrá existir tal ánimo, y sin embargo el acto será comercial. Por la misma razón, tanto el que encarga al martillero la venta, como el tercer contratante que compra, ejecutarán cada uno por su parte un acto de comercio. En las operaciones de las casas de martillo no deben reconocerse contratos de doble carácter: todas, sin excepción, serán comerciales y las controversias que sobre ellas se promuevan, de la competencia exclusiva de los tribunales de comercio. Esto proviene de la índole especial de esta clase de establecimientos, índole que se transmite á todos los actos que por medio de ellos se ejecutan. Creaciones de la ley, las casas de martillo, del mismo modo que la correduría oficial, no ejecutarán sino una sola clase de operaciones; y en este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia práctica de los tribunales de justicia, los cuales, al aplicar la ley, no han distinguido si en los negocios de martillo especulan ó no todas las personas que en ellos intervienen.

Con los oficiales públicos llamados martilleros no ha acontecido lo mismo que con los de igual clase llamados corredores. Pudiendo existir respecto de estos últimos la competencia de la industria privada, puede decirse, como ya lo hemos indicado, que sólo existen y figuran en la letra del Código. Mas el monopolio establecido en favor de los martilleros ha reconcentrado necesariamente en sus

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

manos todos los actos que la ley encomendó á las casas de martillo, que son las únicas reconocidas por ella. No sería legal el establecimiento de una casa de martillo que no estuviera á cargo de un martillero oficial nombrado por el Presidente de la República en la forma prescrita por la ley, y previos los requisitos por la misma establecidos.

¿Podría considerarse autorizada por la ley la venta que hiciera un comerciante ó un particular adjudicando especies propias ó ajenas al mejor postor? Aunque este procedimiento no esté expresamente prohibido, y aunque por el sólo hecho de emplearlo no se convierta necesariamente el comerciante ó particular en martillero, ni su casa de negocio en establecimiento de martillo, creemos que semejante procedimiento no sería lícito ni legal. Las ventas públicas al mejor postor han sido confiadas á los martilleros, quienes deben efectuarlas mediante trámites y reglas taxativamente determinadas en el título IV del Libro I del Código y en el reglamento dictado en conformidad al artículo final de dicho título, trámites y reglas que no pueden ser violados sin que el martillero incurra en la sanción y responsabilidad prescritas á este efecto por la ley. Estos antecedentes revelan que las operaciones de ventas al mejor postor pueden y deben ser vigiladas y fiscalizadas por la autoridad para ver si se cumplen ó no las disposiciones que las rigen, lo que no podría verificarse si cualquiera persona sin título se considerase autorizada para proceder cuando quisiera en la misma forma que los martilleros. Revelan asimismo que la ley ha vinculado á las operaciones de casas de martillo un interés de orden público, de que no sería permitido en manera alguna prescindir. Añádase todavía que el Código no hizo extensiva á los martilleros una excepción análoga á la que consignó respecto de los co-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

rredores, al disponer que podrá ejercer la correduría cualquiera persona que no se halle incluida en alguna de las prohibiciones del artículo 55. Pensamos, en consecuencia, que los martilleros oficiales son los únicos que pueden vender al mejor postor, y que la ley ha establecido un verdadero monopolio á su favor en esta clase de ventas.

Pero si ésta es indudablemente la doctrina legal, cabe hacer respecto de ella observaciones críticas análogas á las que formulámos al ocuparnos en la correduría. Constituir á los martilleros, oficiales públicos nombrados por el Presidente de la República, previa terna de los juzgados de comercio, con la obligación de no entrar en el ejercicio de sus funciones sino después de prestar juramento de leal y fiel desempeño del cargo, y de rendir fianza, no responde á ninguna necesidad del comercio, en cuyo beneficio se ha establecido la cooperación de estos auxiliares. El comercio sólo deposita su confianza en aquellas personas que le dan garantías de acierto y fidelidad en la gestión de los intereses que se les encomienden, y no es seguro que ofrezcan siempre esas garantías las personas nombradas para el desempeño del cargo por la superior autoridad política y administrativa, en cuyas determinaciones pueden influir móviles de orden muy diverso de aquéllos que impulsan á la realización de las operaciones de tráfico mercantil. La naturaleza de esa autoridad y los fines con que ha sido instituida, son extraños á los propósitos de especulación que sirven de estímulo y de guía á las transacciones del comercio: su intervención en éstas tendrá que resentirse de la influencia perjudicial procedente de la incompatibilidad que no puede menos que existir entre la misión encargada al gobierno de las sociedades, y el juego libre de los intereses que se agitan en el comercio. Justo y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

necesario es que se reglamenten las operaciones de las casas de martillo, que son de una índole especial; pero de la justicia y necesidad de hacer esta reglamentación á las presuntas necesidad ó conveniencia de constituir oficiales públicos á los martilleros, hay una inmensa distancia.

Estas observaciones cobran mayor fuerza todavía si se tiene presente lo que acerca de esta materia estatuyen otras legislaciones. El Código de Comercio Argentino reconoce á los rematadores ó martilleros, y reglamenta sus funciones; pero sólo exige que tengan las calidades necesarias para ser comerciantes, que se matriculen en el tribunal de comercio respectivo, y que ante el mismo presten juramento de desempeñar fielmente las obligaciones que les son impuestas. En la enumeración de los actos de comercio, hecha por el Código Francés, están comprendidos los establecimientos de ventas al mejor postor (établissements de ventes à l'encan); mas este Código no va más allá, ni hace de los directores de esta clase de establecimientos, oficiales públicos nombrados por el jefe del poder ejecutivo. Ni el Código Alemán, ni ninguna de las leyes especiales dictadas para declararlo vigente en los diversos Estados de la antigua Confederación Germánica, se ocupan de las casas de martillo, ni de los martilleros. En idéntico caso se encuentra el Código Español.

Es de sentir que en este punto nuestro Legislador haya innovado en sentido de retroceso. Reglamentando las operaciones de las casas de martillo y, si se quiere, restringiendo á ciertos límites la multiplicación de dichas casas por el medio expedito de la contribución de patentes, pudo dejar al comercio en libertad de tener las que considerase necesarias á la satisfacción de sus exigencias, y en aptitud de valerse de aquellas que le ins-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pirasen mayor confianza, ya que en esto el interés parcular es más celoso y suspicaz que todas las autoridades; sin exigir siquiera, como en la ley Argentina, matrícula y juramento, requisitos cuya observancia no constituye de ordinario garantía de ningún género. Y tanto más es de extrañar esta intervención del Estado en las funciones de la industria privada, cuanto ni siquiera trae su origen de la ley comercial vigente antes del Código, pues es sabido que las Ordenanzas de Bilbao no reconocían la existencia de estos funcionarios públicos, y al establecer los corredores de lonja y de navíos se limitaron á sancionar que debían ser nombrados por los tribunales mercantiles.

Es verdad que dos disposiciones patrias, la del senado-consulto de julio de 1820, y la del supremo decreto del mismo mes de 1823, se habían ocupado de las casas de martillo, reglamentando su modo de proceder. En conformidad á la segunda de estas disposiciones, no era permitido abrir casa de martillo sin permiso especial del Gobierno; pero es evidente que, tanto la una como la otra, obedecían principalmente á un propósito fiscal, ideado para procurar recursos á un erario en penurias. Así se ve que el senado-consulto ordenaba que, sobre el valor íntegro de cada remate, debía pagar al contado el rematante un tres por ciento de derechos; y el supremo decreto, que de toda solicitud para abrir casa de martillo se daría aviso en un periódico ministerial con la anticipación conveniente para que llegase á noticia pública, y pudieran otras personas mejorar las propuestas en beneficio del erario. Ahora no se busca en esta clase de establecimientos una fuente especial de entradas fiscales, sino sólo la contribución con que la ley grava en general á los negocios de comercio.

Verdad es también que, al crear el tribunal del con-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sulado de Valparaíso, y al enumerar las operaciones y negocios mercantiles de su competencia, el supremo decreto, con fuerza de ley, de mayo de 1839, hizo mención expresa de los martillos; mas este precepto sólo dice relación con el principio jurisdiccional, y no puede, en consecuencia, afectar en lo más mínimo á las observaciones que en esta materia hemos venido formulando.

Por punto general, todo aquello que en el comercio no tenga por regulador las necesidades de la oferta y la demanda, ha de ser ficticio y ocasionado á perturbaciones, porque, importando una traba á la libertad de los contratos, no podrá menos que embarazarlos en algún sentido, y que provocar resistencias tendentes á hacer desaparecer la restricción, en el caso de no ser ésta eludida. Es evidente que ninguna consideración de interés público ni ninguna necesidad del comercio reclamaban que las casas de martillo no pudiesen existir sino en número fijo y determinado, ni que estuvieran forzosamente á cargo de una persona revestida de investidura oficial. La especulación de ventas al mejor postor es un giro mercantil como cualquier otro, y su existencia y desarrollo deben depender sólo de la acción libre de los particulares y del comercio.

Finalmente, la fiscalización de la autoridad pública en los establecimientos de casas de martillo no ha producido ningún resultado práctico: ha sido puramente nominal. Si antes de la promulgación del Código de Comercio era posible que se incurriera en algunas irregularidades en el modo de proceder de dichas casas, no puede decirse que á este respecto haya mejorado posteriormente su condición. Siempre será, por ejemplo, muy difícil, si no imposible, hacer desaparecer el inconveniente que nace de la concurrencia de postores simulados con el objeto de hacer subir el precio del remate. La

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

investidura oficial del martillero no podrá contribuir al remedio de este mal ni de ningun otro con más eficacia que aquélla con que lo conseguiría la industria privada. En todo caso, no consta del mensaje con que el Presidente de la República pasó al Congreso el proyecto del Código de Comercio para su aprobación, que el carácter oficial atribuido á los martilleros tuviera por origen la necesidad de poner atajo á males entonces existentes. Ese importante documento manifiesta, por el contrario, que el Legislador reprodujo las disposiciones del decreto de julio de 1823, reglamentario del senado consulto de julio de 1820, complementándolas con algunas prohibiciones. Así dejaba parcialmente en vigor el mismo orden de cosas que encontró establecido, incurriendo, á nuestro juicio, en el inconveniente de acumular nuevas trabas y de hacer de los martilleros oficiales públicos sin perseguir el propósito de obtener una entrada fiscal, á que obedecían, como ántes se ha visto, las disposiciones anteriores vigentes en la materia.

En cualquier aspecto que se contemple esta cuestión, siempre aparecerá que la reforma introducida por nuestro Legislador no tiene fundamento ni razón de ser.

José Alfonso

(Continuará)

LA ABUELA ILEGÍTIMA Ú OTROS PARIENTES

ilegítimos lejanos ¿tienen algún derecho en nuestra legislación?

El artículo 12 del título 20 de la Ordenanza Militar dice lo siguiente:

«Al soldado que muriere con alcance, ó tuviere ropa ó alhajas propias no comprendidas en los efectos de mu-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nición, formará el Capitán su cuenta, y con ella y su inventario la presentará al Sargento Mayor, quien dispondrá que lo que quede libre á beneficio del difunto se entregue á sus herederos ó parientes aunque distantes, siempre que se presenten en el término de un año; y sólo en el caso de no tenerlos, se aplicará á sufragios por su alma, cuidando el Capitán de que en el hospital se recojan las prendas de munición que haya llevado.»

Fundada en este derecho conferido por la ley, y alegando su calidad de pariente, se ha presentado al Gobierno una señora que reclama los sueldos devengados pero insolutos que al morir dejó en la caja del cuerpo á que pertenecía un soldado de línea, nieto ilegítimo de ella.

La reclamante, que llamaremos Juana, contrajo matrimonio con Pedro, y de este enlace nació una hija legítima, quien, á su vez, fué madre ilegítima del referido soldado. De consiguiente, Juana, la reclamante, es abuela ilegítima de dicho soldado.

Con tales antecedentes, y recordando lo dispuesto por la Ordenanza Militar, la cuestión puede plantearse así:

«La abuela ilegítima ¿es heredera abintestato? ¿Es pariente?»

Si es lo uno ó lo otro, tendrá derecho á los referidos sueldos insolutos, y en el caso contrario, no tendrá derecho alguno.

¿Es heredera abintestato?

Evidentemente, no.

¿Es pariente?

Se ha dicho que no, porque nuestro Código Civil no comprende en esta palabra *parientes* sino á aquéllos que, teniendo parentesco, disfrutan con tal motivo de algún derecho civil, como los hijos ilegítimos y la madre ilegítima, quienes pueden ser alimentarios; pero no la abuela

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ilegítima, que en el Código no tiene ningún derecho civil contra sus nietos.

Nosotros opinamos lo contrario:

1.º Porque se denomina *parientes* á los que tienen entre sí *parentesco* y la abuela ilegítima tiene parentesco ilegítimo de consanguinidad en el segundo grado ascendente de la línea recta; 2.º, porque, no distinguiendo la ley, están comprendidos en la palabra *parientes* los legítimos é ilegítimos; 3.º, porque, aunque el Código Civil no conceda á la abuela ilegítima derecho alguno, no por eso dejará de ser pariente, ni carecerá de la acción para reclamar lo que la ley militar le confiere en el artículo transcrito; 4.º, porque cuando la ley es clara (como en este caso al hablar de *parientes*) no debe desatenderse su tenor literal, á pretexto de consultar su espíritu; y 5.º, porque, á mayor abundamiento, la Ordenanza agrega «parientes, aunque distantes» para comprender á aquéllos que, *no siendo herederos*, se encuentran sin embargo en lejana relación con el difunto.

Luego la reclamante tiene derecho á que se le entreguen los haberes demandados.

RAMÓN CHAVARRÍA CONTARDO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN EXTRANJERA

LEGISLACIÓN CIVIL BOLIVIANA

(Continuación)

Usufructo es el derecho de gozar de cosas ajenas, como el propietario mismo, con cargo de conservar la sustancia de ellas. Este derecho se extiende á todos los frutos naturales, industriales y civiles de la cosa, imponiendo por consecuencia al usufructuario ciertas obligaciones, entre las cuales unas son anteriores, y otras posteriores á su ejercicio.

El usufructuario, antes de entrar en goce, debe garantir los derechos del propietario: 1.º, haciendo en su presencia, ó mediante notificación judicial, un inventario de los muebles y un estado de los inmuebles sometidos al usufructo; y 2.º, dando fianza de gozar como buen padre de familia, si no está dispensado de hacerlo por el título constitutivo. Esta exención corresponde por derecho al padre y á la madre, que tienen usufructo legal sobre los bienes de sus hijos menores, y al vendedor ó donador, bajo reserva de usufructo.

Mientras dura el usufructo, el usufructuario está obligado al pago de las contribuciones ordinarias y á los gastos de conservación de la cosa; pero si se ha constituído sobre todos los bienes de una persona, ó sobre una porción de ellos, como la mitad, el tercio, etc., á título universal, los frutos soportan la totalidad ó una parte proporcional de los intereses de las deudas dejadas por el constituyente. Este reato no se extiende al usufructo establecido sobre objetos determinados.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El usufructo se extingue en los casos previstos por la ley, uno de los cuales es la muerte del usufructuario. No pudiendo durar indefinidamente, pues paralizaría así el derecho de propiedad, cesa también á los treinta años, si se hubiese creado en provecho de una comunidad y no de un particular.

El *uso* consiste en la facultad de servirse de la cosa ajena ó de gozar de los frutos de la heredad de otro, en la medida de las necesidades personales del usuario y de su familia. El usufructuario no se halla sujeto á esta restricción, puesto que tiene derecho á la totalidad de los frutos.

La *habitación* consiste en la facultad acordada á una persona, de gozar por sí y con su familia, del todo ó parte de una casa perteneciente á otro.

Las reglas principales del derecho de usufructo, se extienden al de uso y de habitación.

Capítulo IV—De las servidumbres reales

(Arts. 372 á 436)

Servidumbre real es una carga impuesta sobre una heredad, para el uso y utilidad de otra que pertenece á distinto propietario. Se llama fundo *dominante* aquel al cual se debe la servidumbre, y fundo *sirviente* aquel que la debe, pero sin que estas calificaciones originen ninguna preeminencia de un fundo sobre otro.

Las servidumbres están establecidas por la ley, ó dimanan de la voluntad del hombre. Las primeras tienen en mira el interés general de la sociedad, y las segundas solamente el interés de los propietarios vecinos.

Las servidumbres creadas en interés público se refieren principalmente á las construcciones que conviene hacer en las cercanías de los bosques del Estado, sujetos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

á un régimen de corta; á los trabajos de navegación fluvial y de vialidad terrestre, para los cuales los propietarios están obligados á dejar tomar en sus propiedades no cercadas, la arena y las piedras necesarias á su objeto, salva indemnización; á las plazas de guerra y puestos militares que impiden ciertas obras en su vecindad.

Las servidumbres establecidas en beneficio de los propietarios vecinos se refieren principalmente al curso y uso de las aguas; á la adquisición de la medianería; al deslinde y á la cerca forzados; á las distancias que deben guardarse para las vías, para las construcciones y las plantaciones; á los pasajes, en caso de estar un terreno encerrado dentro del recinto de otro; en fin, al pastoreo y los pastos libres.

Las servidumbres establecidas por la voluntad del hombre se dividen en continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes.

Se llama servidumbre *continua* aquella cuyo uso es ó puede ser continuo, sin que sea necesario el hecho actual del hombre; tales son los acueductos, las vistas, etc. La servidumbre *discontinua* necesita en su ejercicio el hecho actual del hombre, como el derecho de pasaje, de pastoreo, etc.

La servidumbre *aparente* se manifiesta por obras exteriores, como una ventana, un acueducto. La servidumbre *no aparente* no tiene señal exterior de su existencia, como la prohibición de edificar más allá de cierta altura. La servidumbre continua y aparente se adquiere por título ó por la posesión de diez á veinte años; para las demás se requiere título ó posesión inmemorial.

El testador puede también establecer en los fundos que le pertenecen, servidumbres continuas y aparentes, sea al dividir uno de ellos, sea al asignarlos con tal modificación entre sus sucesores. El uso y la extensión de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

las servidumbres constituídas de esta manera, se reglan por el título que las ha creado.

SECCIÓN TERCERA—DE LAS DIFERENTES MANERAS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD

Los modos de adquirir la propiedad son *originarios* ó *derivados*. Se llama originarios á los que dan el dominio de una cosa que á nadie pertenece, como la ocupación, el tesoro, el hallazgo. Los modos derivados trasmiten de una persona á otra la propiedad ya existente.

Los modos derivados se ejercen á *título universal*, cuando éste confiere la totalidad ó una cuota parte de los derechos de una persona; y á *título particular*, cuando se adquiere una ó muchas cosas determinadas.

Bajo otro punto de vista, la trasmisión de bienes se opera de dos maneras: á *título gratuito*, por herencia, por donación ó legado, y á *título oneroso*, por venta, cambio ú otra causa conmutativa.

Capítulo Primero—De los testamentos y las sucesiones testamentarias

(Arts. 446 á 586)

La sociedad se perpetúa, con relación á los individuos, por el matrimonio. En cuanto á los bienes, se ha instituído un medio de trasmitirlos de la generación que se extingue á la que sobrevive. Esta trasmisión emana de la voluntad del hombre ó de la disposición de la ley que, según la presunción de sus afecciones naturales, regla el orden de su sucesión, es decir, la transferencia de los bienes y de los derechos y obligaciones de una persona muerta, á otra ú otras que, por tanto, se llaman sus *herederos*. Entre éstos se comprenden las personas colec-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tivas ó morales, como son los hospitales, las casas de enseñanza, de beneficencia, los municipios, y generalmente todo cuerpo que no se halle expresamente excluído por la ley.

Se entiende también por *sucesión* la cosa misma transmitida á los herederos, esto es, el patrimonio del difunto, en cuyo sentido la palabra es sinónima de *herencia.*

El heredero es, pues, el representante del difunto en la sociedad: goza de sus bienes, ejerce sus acciones y cumple sus obligaciones. Este reemplazo se opera de dos maneras: por la voluntad del hombre, que designa á quien le ha de sustituir en su personalidad jurídica; ó por la fuerza de la ley, que señala al sucesor con igual carácter. Consiguientemente, la herencia se denomina *testamentaria* ó *abintestato.*

Testamento es la declaración de última voluntad, siempre revocable, revestida de ciertas solemnidades, por la cual el testador dispone para después de su muerte, del todo ó parte de sus bienes, en favor de una ó de muchas personas.

El testamento es de dos especies: *solemne* y *privilegiado;* aquél es el que se otorga, generalmente, con las formalidades prescritas por las leyes; y éste, el que no exige más requisito que la constancia de la voluntad del otorgante.

El solemne se divide en nuncupativo ó abierto, y escrito ó cerrado, que también se llama *místico. Abierto* es el que se hace por escrito ó de palabra, ante notario y tres testigos varones, mayores de edad y vecinos del lugar, ó solamente ante cinco testigos vecinos, si no interviene notario. No habiendo este número de testigos, ni notario, bastan tres vecinos ó siete forasteros. *Cerrado* es el que redacta el testador por sí ó por medio de otro, y lo presenta bajo cubierta, ante el notario y siete testi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

gos, sean ó no vecinos del lugar, para que el primero extienda sobre ella el *otorgamiento* y lo firme con los segundos que sepan escribir, aptitud que debe tener, á lo menos, uno de éstos.

El testamento privilegiado sólo puede otorgarse por los militares y por los indígenas. El de los primeros debe ser escrito en cualquier papel, con la firma del testador; y en estado de combate ó de muerte violenta, de cualquier modo que se efectúe la escritura, con tal que haya sido presenciada á lo menos por dos testigos. El de los segundos, residentes á más de una legua de sus respectivos cantones, puede ser hecho de palabra ó por escrito, sin más que la asistencia de dos testigos vecinos.

Toda disposición traslativa de dominio exige la capacidad moral y física de tener voluntad y de manifestarla por el que dispone. Así, son incapaces de testar los que no están en el uso normal de la razón y los menores de 14 años, siendo varones, y de 12, si fueren mujeres. El ciego puede hacer testamento abierto, y cerrado el sordo-mudo que sepa escribir y goce de sus facultades intelectuales.

Para la validez del testamento se requiere: 1.º, que el testador sea capaz de testar; 2.º, que los testigos sean idóneos y concurran en el número exigido por la ley, según la especie del testamento; 3.º, que todos los testigos vean y oigan hablar al testador; 4.º, que entiendan claramente el contexto del testamento nuncupativo y el otorgamiento del cerrado; y 5.º, que mientras se otorga ó publica el testamento, estén todos presentes, en un mismo acto, lugar y tiempo, á fin de oír juntos é íntegramente las disposiciones del testador. No es necesaria la institución de heredero; no siendo éste designado en el testamento, pasan los bienes á los que tienen derecho de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

heredar *abintestato*, con el cargo de cumplir lo ordenado en aquél.

No son válidas las disposiciones testamentarias viciadas por el error, ó por el efecto de maniobras fraudulentas ó de violencia ejercida sobre el testador. Es menester, además, que se pueda discernir cuál es la persona á quien ha querido favorecer y sobre qué bienes ó derechos recae su beneficio: indicaciones claras é inequívocas, a falta de nombres precisos, bastan para la validez de una ú otra designación.

Para ser heredero y trasmitir los derechos adquiridos como tal, basta estar concebido al tiempo de la muerte del testador, nacer con figura humana y vivir 24 horas. Los incapaces de heredar directamente ó por interpósita persona, son: los religiosos y las monjas profesas; los confesores del testador y sus parientes dentro del 4.º grado, y los hijos espurios, no siendo sus madres solteras ó viudas que los hubiesen reconocido legalmente y no tengan otros hijos ó descendientes legítimos. No concurriendo estos requisitos, los hijos ilegítimos (incestuosos, adulterinos, sacrílegos) sólo tienen derecho á los alimentos proporcionados á las facultades del padre, mientras llegan á la mayoridad, á no ser que hubiesen adquirido antes una profesión ú oficio que asegure su subsistencia.

Es ilícito el convenio de mutua sucesión, aunque se realice entre cónyuges. Sólo está permitido á los militares en campaña, cesando sus efectos cuando cesa el peligro.

El derecho de disponer á título gratuito abraza, por regla general, el conjunto de los bienes que componen el patrimonio del que dispone, al tiempo de su muerte. Sin embargo, en ciertos casos y por razón de los vínculos de familia, la ley restringe esa facultad, determinando

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la cuota de que puede disponer libremente, que se llama *porción disponible*, y aquella de que no lo puede, denominada *porción indisponible*. Dase también á ésta el nombre de *reserva*, con relación á los hijos, á los padres y ascendientes, y al cónyuge de la persona de cuyos bienes se trata, á quienes la ley designa especialmente, á fin de asegurar su derecho de sucesión *abintestato*.

La porción disponible, cuando haya hijos ó descendientes legítimos y cónyuge, consiste en el quinto de los bienes, siempre que éste no se halle reatado, por obligación de alimentos, en favor de los hijos ilegítimos; y el tercio, cuando el testador sólo tuviere ascendientes ó cónyuge. Esta cuota, á más de la anterior, puede también ser adjudicada por los padres y ascendientes á sus hijos y descendientes, á título de *mejora* de su haber hereditario, salvo el derecho del cónyuge, si lo hubiere.

Capítulo II—De las sucesiones intestadas

(Arts. 504 á 632)

Los parientes del difunto no son todos llamados conjunta é indistintamente á su sucesión. Ellos se dividen en tres clases principales: la línea de los descendientes, la de los ascendientes y la de los colaterales. Además, figura el cónyuge entre y después de las dos primeras, por razón de su común suerte con el cónyuge premuerto. El Legislador ha debido penetrarse de las afecciones naturales del hombre y de los lazos que el estado de familia, la consanguinidad ó el interés social han creado con los sobrevivientes, para fijar los diversos órdenes de sucesión. Así, ha reglado las herencias intestadas de la manera siguiente:

Los hijos y descendientes legítimos son herederos for-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

zosos de sus padres y ascendientes, como lo es el viudo ó la viuda del difunto, en una porción igual á la de los primeros, aun cuando concurran á la sucesión hijos naturales.

Los hijos naturales heredan asimismo á sus padres y abuelos en el total de sus bienes, siempre que no tengan legítima descendencia. Habiéndola, les corresponde el tercio de la porción del hijo legítimo.

Los hijos ilegítimos de mujer soltera ó viuda, legalmente reconocidos por ésta, son sus herederos, aunque tengan padres ó ascendientes.

El hijo adoptivo sucede al adoptante, á falta de descendientes legítimos ó naturales y de cónyuge sobreviviente. El adoptante, en igual caso, recupera las cosas que hubiese dado ó donado al hijo adoptivo, existentes en especie, al fallecimiento de éste. Los demás bienes del difunto se trasmiten á sus parientes.

Los padres y ascendientes legítimos son también herederos forzosos de sus hijos y descendientes, siempre que éstos no tengan posteridad legítima ni natural. Existiendo hijos de esta calidad, la sucesión se divide por mitad entre ambas líneas, cualquiera que sea el número de los partícipes; y si esta concurrencia tuviere lugar únicamente entre ascendientes é hijos naturales ó cónyuge sobreviviente, la herencia se distribuye entre todos, por igual.

Si no hay descendientes legítimos ni naturales, ni ascendientes, los consortes se suceden recíprocamente. En ningún caso tiene lugar esta sucesión, cuando el matrimonio se hubiese celebrado *in extremis*, muriendo el otro cónyuge dentro de los 60 días subsiguientes, ó por divorcio declarado á causa del que la pretende ó por separación voluntaria de los esposos durante más de un año.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Después de las sucesiones deferidas á las personas unidas al difunto por parentesco directo ó por consorcio, comprendidas entre las forzosas, vienen los parientes colaterales del difunto, por el orden de proximidad hasta el 4.º grado inclusive; y faltando también esta línea, hereda el Consejo municipal del respectivo departamento.

Para toda sucesión se entiende que el llamado á ella, no ha de ser incapaz ó *indigno*, es decir, exheredado y judicialmente declarado tal, por las causales que determina la ley.

La trasmisión hereditaria se realiza, por regla general, de grado á grado, esto es, de generación á generación, en cuya virtud el pariente más inmediato excluye al más remoto. Mas en la línea descendente, tiene lugar hasta lo infinito la *representación*, por la cual los descendientes ocupan el lugar de sus padres difuntos y suceden en los derechos que les habrían cabido, si viviesen.

En la línea colateral la representación es únicamente admitida en favor de los sobrinos, cuando concurren á la sucesión de su tío con los hermanos de éste.

Los hijos naturales y los ilegítimos representan á sus padres y á sus madres, para heredarles en los casos señalados por la ley, así como los parientes colaterales de igual clase, siempre que no concurran con descendientes legítimos de la persona de cuya sucesión se trata.

Capítulo III—De los legados y donaciones

(Arts. 587 á 662)

Se llama *legado* toda disposición testamentaria relativa á los bienes del que dispone, sea que tenga por objeto la universalidad ó una parte de estos bienes, sea que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

recaiga únicamente sobre cosas determinadas. Consiguientemente y en razón de su extensión, es *universal, á título universal*, ó *á título particular*. En el primer caso difiere de la herencia en que el legatario no es, como el heredero, sucesor del difunto en todos sus bienes y derechos actuales y futuros, como también en todas sus obligaciones, sino tan sólo en las cosas que le asigna; sin embargo, debe pagar las deudas del testador hasta el monto del valor legado, aunque sea á título universal ó particular, siempre que no alcancen para ello los bienes de la herencia (art. 568).

Se extienden á los legados las reglas prescritas para los testamentos, en cuanto á las formas y las condiciones con que pueden ser instituidos, así como á la capacidad del legatario y á las causas por las cuales se extinguen.

Donación es un acto de liberalidad por el cual uno transfiere á otro el dominio de alguna cosa. Puede hacerse de dos modos: *entre vivos* y *por causa de muerte*. La primera, para ser válida, debe celebrarse por instrumento notariado y ser aceptada por el donatario dentro del término que la ley señala, notificándose al donante esta aceptación. Se equipara así con un contrato solemne que establece título de propiedad, mediante el concurso de dos voluntades, en cuya virtud es irrevocable mientras no sobrevengan las causas que designa la misma ley. La segunda debe hacerse por testamento, y no emanando más que de la voluntad del testador, se asimila al legado y no trasmite el dominio sino después de la muerte de aquél.

La donación entre vivos no puede recaer sobre bienes futuros, ni comprender la totalidad de los presentes, á menos que el donador se reserve el usufructo durante su vida. Puede depender su efecto del cumplimiento de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

condiciones posibles y lícitas, lo mismo que el de la donación por causa de muerte.

SECCIÓN CUARTA—DE LOS CONTRATOS Ú OBLIGACIONES CONVENCIONALES EN GENERAL

(Arts. 692 á 698)

Contrato es una convención por la cual una ó más personas se obligan hacia una ó muchas á dar, hacer ó no hacer alguna cosa. Se distinguen los contratos en sinalagmáticos ó bilaterales, unilaterales, conmutativos, aleatorios, de beneficencia y á título oneroso.

El contrato es *bilateral*, cuando los contratantes se obligan recíprocamente, unos respecto de otros. Es *unilateral*, cuando uno ó muchos se obligan hacia uno ó muchos, sin que éstos queden obligados por su parte. Es *conmutativo*, cuando cada una de las partes se obliga á dar ó hacer una cosa que se considera equivalente de lo que da ó hace la otra en provecho de aquélla. Es *aleatorio*, cuando el equivalente consiste en la incertidumbre de ganancia ó pérdida para cada una de las partes, dependiente de un acontecimiento. Es *de beneficencia*, cuando una de las partes procura á la otra una ventaja puramente gratuita. Es *á título oneroso*, cuando sujeta á ambas partes á dar ó hacer alguna cosa.

Capítulo Primero—De los requisitos esenciales de los contratos

(Arts. 699 á 724)

Los requisitos esenciales para la validez de los contratos son cuatro:

1.º El consentimiento de la parte que se obliga; el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cual no es válido sino cuando no está viciado de error, no ha sido obtenido por violencia, ó bien sorprendido por dolo. La lesión no infirma ciertos contratos, sino en casos y bajo condiciones que la ley establece.

2.º La capacidad de las partes contratantes. Los menores, los entredichos y las mujeres casadas son, en general y por sí mismos, incapaces de contratar.

3.º Un objeto determinado que forma la materia del contrato.

4.º Una causa lícita, es decir, no prohibida por la ley, ni contraria al orden público ó á las buenas costumbres.

La obligación que emana de un contrato, así como el derecho estipulado en él, se trasmiten á los herederos, á menos que de su naturaleza ó de sus términos resulte lo contrario.

Capítulo II—De los efectos de las obligaciones

(Arts. 725 á 824)

Las obligaciones producen diferentes efectos, conforme á su naturaleza. Así, la obligación de dar envuelve la de entregar la cosa ó de conservarla hasta la entrega, y la propiedad de ella es, en general, transferida al acreedor, sin que sea necesaria ninguna tradición ó formalidad. La obligación de hacer ó no hacer, se resuelve en la de pagar daños é intereses en caso de inejecución de parte del deudor, y el acreedor puede siempre hacerse autorizar para ejecutar lo que el deudor debía hacer, ó para destruir lo que hubiese hecho contra lo pactado, uno y otro á expensas del segundo.

Las obligaciones son puras y simples, ó dependientes de una condición. Se distinguen también en obligación

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

á término, en alternativa, solidaria, indivisible y sujeta á una cláusula penal.

La solidaridad ó mancomunidad se refiere á los acreedores ó á los deudores. Tiene lugar lo primero, cuando habiendo dos ó más á quienes se les debe una misma cosa, puede cada uno de ellos cobrarla del deudor por entero; y lo segundo, cuando dos ó más se han impuesto la obligación de pagar, uno por todos, la cosa ó cantidad que deben comunmente, de manera que cualquiera de ellos pueda ser compelido al pago total.

La indivisibilidad resulta de que la cosa que debe entregarse ó el hecho que debe ejecutarse, no es capaz de división material ni intelectual, v. gr., la servidumbre de paso, la obligación de construir una casa. Mas si una obligación indivisible, puede, lo mismo que la solidaria, ser exigida en su totalidad de cada uno de los que la contraen juntamente, no por eso se confunden entre sí. Tal efecto dimana en la primera, de la naturaleza de la deuda; y en la segunda, de la intención ó designio con que se celebró el contrato.

Cláusula penal es la que determina la pena á que se sujeta el obligado en caso de inejecución, y tiene por objeto compensar los daños y perjuicios que por esta causa sufre el acreedor. De consiguiente, siendo un accesorio de la obligación principal, la nulidad de ésta lleva consigo la de la cláusula penal.

Capítulo III—De la extinción de las obligaciones

(Arts. 825 á 900)

Las obligaciones se extinguen de diferentes modos:

Por el *pago*, que es la ejecución de la obligación del deudor;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Por la *novación*, que se opera, sea entre las mismas partes, reemplazándose una deuda á la antigua, la cual queda fenecida, sea por la sustitución de un nuevo acreedor ó de un nuevo deudor al antiguo;

Por la *remisión*, que es el abandono de la deuda, consentido por el acreedor en favor del deudor;

Por la *compensación* de una deuda con un crédito equivalente;

Por la *confusión*, que tiene lugar cuando el deudor viene á ser heredero del acreedor ó recíprocamente. Si la herencia no abraza más que una parte de la deuda ó del crédito, la confusión tampoco se efectúa sino en igual proporción;

Por la *cesión de bienes*, que es un beneficio concedido por la ley al deudor desgraciado y de buena fe, en cuya virtud los traspasa judicialmente á sus acreedores, en pago de sus créditos, no obstante cualquiera estipulación contraria;

Por la *pérdida de la cosa*, que tiene lugar cuando, sin culpa ni morosidad del deudor perece la especie que era objeto de la obligación, ó sale del comercio de los hombres, ó se pierde de modo que se ignore su existencia;

Por la *rescisión*, que es la invalidación de un contrato, por las causales que la ley prescribe. Esta acción dura diez años, excepto en casos determinados, en que está reducida á menor tiempo.

Capítulo IV—De la prueba de las obligaciones y de la de su liberación

(Arts. 901 á 954)

Cuando el deudor niega la obligación, corresponde probarla al acreedor; y recíprocamente, toca acreditar la liberación al deudor, si la niega el acreedor.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Las pruebas de la obligación y de la liberación son de cinco especies: la prueba literal, la testimonial, la confesión de parte, el juramento y las presunciones.

La prueba *literal* resulta de los escritos. Unos forman prueba plena, y otros sólo constituyen un principio de prueba que el juez admite ó rechaza, según el valor legal que tuvieren los demás justificativos que apoyan el escrito.

Los escritos que hacen prueba completa son el instrumento público, que es el otorgado por funcionarios públicos revestidos de esta facultad, y especialmente por notarios, cuyo especial encargo es hacer constar las convenciones ó declaraciones jurídicas de los interesados; el instrumento privado, que es aquel que las partes han formado sin el concurso de un funcionario público, y firmado únicamente por ellas; los registros y papeles domésticos, en ciertos casos; y lo escrito por el acreedor en el documento original que ha estado en su poder, ó en el duplicado que el deudor ha tenido en el suyo, cuando establece la exoneración de éste.

Los instrumentos públicos y los privados judicialmente reconocidos, hacen plena fe entre las partes y sus herederos ó causa-habientes sobre cuanto acredita ó tiene relación directa con su objeto, aun en aquellos puntos que sólo se hayan expresado de un modo enunciativo.

La prueba *testimonial* no es admitida sino en materias cuyo valor no pasa de 200 bolivianos, y aunque se hubiese otorgado instrumento sobre una menor cuantía, tampoco es admitida contra lo contenido en él ó fuera de ello. Se exceptúa esta prohibición, cuando ha habido imposibilidad física ó moral para que el acreedor se procure un título escrito, ó cuando éste se hubiese perdido por caso fortuito ó resultante de fuerza superior.

La *confesión de parte* es judicial ó extrajudicial. La

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

confesión judicial hace plena fe contra su autor; pero no puede ser dividida, es decir, que la parte adversa no puede acojerse á lo que le es favorable ni rechazar lo que le es desfavorable. La confesión extrajudicial legalmente justificada, hace igualmente fe contra aquel de quien emana, siempre que se trate de una demanda en que se admite la prueba testimonial y no haya resultado de error ó de sorpresa.

El *juramento* es decisorio ó supletorio. En toda contestación puede una parte deferir el juramento á la otra parte, sobre el hecho que la motiva, cuando éste le es personal. Entonces se llama *decisorio*. Debe ser prestado por aquel á quien se pide, ó deferido por ella á la otra; en caso contrário, pierde su demanda ó su excepción. Cuando el juramento es deferido de oficio por el juez á una de las partes, para hacer depender de él la decisión de la causa, se denomina *supletorio*, porque sólo puede ser exigido, no estando la acción ó la excepción plenamente justificada.

Las presunciones, es decir, las consecuencias que se sacan de un hecho conocido á otro no conocido, son legales ó judiciales. Las primeras hacen fe por su propio valor y excluyen la prueba contraria; las segundas están abandonadas al prudente discernimiento del juez y pueden ser destruídas por aquella prueba.

Capítulo V—De las obligaciones que se forman sin convenio

(Arts. 955 á 970)

«La ley debe querer lo que nosotros mismos querríamos si fuésemos justos, y ella supone entre los hombres, en los casos imprevistos, las obligaciones necesarias para el mantenimiento del orden social.» Tal es el principio de las obligaciones que se forman sin convenio.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Resultan éstas ya de la autoridad de la ley, como la obligación de suministrar alimentos á quienes ella designa; ya de un cuasi contrato, como la obligación de aquel que, habiéndose encargado, sin mandato, de la gestión de los negocios de otro, debe continuarla hasta que el propietario se halle en estado de atenderlos por sí mismo; ya de un delito, por cuya consecuencia el que ha causado un daño á otro, debe repararlo; ya en fin, de un cuasi delito, como la obligación del padre y del amo, de indemnizar el perjuicio causado por su hijo ó su doméstico, puesto que no fué evitado con la precisa vigilancia.

Capítulo VI—De la sociedad conyugal

(Arts. 971 á 1002)

Sociedad conyugal es la que por consecuencia del matrimonio existe entre el marido y la mujer, desde su celebración hasta su disolución, en cuya virtud son comunes á ambos cónyuges los *bienes gananciales*, es decir, los adquiridos durante la unión, así como los frutos de los *propios* de cada uno. Los gananciales son, de consiguiente, partibles por mitad entre aquéllos ó sus herederos, aunque el uno hubiese traído al consorcio capital y el otro no.

Esta comunidad, única que reconoce la ley como régimen de los intereses matrimoniales, no se modifica por la dote que puede introducir la mujer, la cual, lo mismo que los bienes de patrimonio de cada cónyuge, debe constar de un instrumento notariado. De otro modo, se presumen gananciales. La dote puede ser justipreciada ó no. En el primer caso, el provecho ó daño que sobrevenga es del marido, á no ser que se hubiese expresado que tal circunstancia concurría únicamente á fijar el valor

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

restituible por aquél. En el segundo, las mejoras ó desmejoras son de la mujer.

El marido tiene, respecto de la dote, los derechos de usufructuario, por estar destinado á soportar las cargas del matrimonio, pesando también sobre él las obligaciones de tal, excepto la de caucionarla especialmente, si para ello no hubiere pacto expreso. Administra los bienes dotales, así como los comunes, pudiendo también enajenar éstos, aun sin consentimiento de la mujer. Los primeros, si fueren inmuebles, son inalienables, salvo los casos de necesidad previstos por la ley, y con el acuerdo de los dos esposos.

La mujer tiene la administración y el goce de sus bienes propios, y de los no comprendidos en la dote, llamados *parafernales*; pero no puede enajenarlos, ni comparecer en juicio por razón de ellos, sin licencia del marido, ó en su defecto, sin autorización del juez.

La sociedad conyugal cesa por la muerte ó el destierro perpetuo de cualquiera de los cónyuges, por el divorcio y por haber renunciado á ella la mujer, antes ó después de la celebración del matrimonio, en cuyo caso no está obligada á pagar las deudas contraídas por el marido. Hay entonces lugar á la separación de sus respectivos bienes, lo mismo que cuando se halla en peligro de pérdida la dote, cuyo capital, sin embargo, continúa inalienable, á causa de su destino (art. 629 del Pr. C.)

Capítulo VII—De la venta

(Arts. 1003 á 1122)

Venta es un contrato por el cual una de las partes se obliga á entregar una cosa, y la otra á pagar su valor; de manera que su esencia consiste en tres elementos: cosa, precio y consentimiento.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El vendedor está sometido á dos obligaciones principales: la de entregar y la de garantir la cosa que vende.

Por *entrega* se entiende el traspaso de la cosa vendida, ó la posesión del comprador en el estado en que ella se encuentra al tiempo de la venta. La *garantía* comprende la *evicción* y el *saneamiento:* consiste la primera en la pacífica posesión de la cosa, que el vendedor debe mantener al comprador, toda vez que un tercero tienda á desposeerle, alegando derecho de propiedad, y siendo éste probado, á restituirle el precio, con los frutos á cuyo pago fuere condenado, y los daños é intereses; y la segunda, en el resarcimiento de las cargas ó defectos ocultos de la cosa, que la hacen impropia, total ó parcialmente, para el uso á que estaba destinada.

Por su parte, el comprador se halla obligado á satisfacer el precio, en el día y lugar fijados por el contrato, con más los intereses, cuando la cosa vendida produce frutos ú otras rentas. No puede suspender este pago sino en el caso de turbación actual de su goce, ó de haber justo motivo para temerla, mientras el vendedor le asegure la quieta posesión ó afiance las eventualidades.

El vendedor no pagado, á más de la acción personal contra el adquirente, tiene privilegio sobre el valor de la cosa vendida, y el derecho de demandar la rescisión de la venta. El comprador tiene también este derecho, por razón de los gravámenes ó los vicios ocultos, siempre que no prefiera conservar la cosa, disminuyendo el precio, en proporción de su importancia.

La venta, á más de las causas comunes á todos los contratos, puede rescindirse, por *lesión*, es decir, por detrimento, á lo menos en la mitad del precio legítimo, apreciado según el estado que tenía la cosa al tiempo de celebrarse la enajenación. Esta acción, que sólo compete al vendedor, es irrenunciable, y tampoco tiene

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

lugar en las ventas efectuadas mediante subasta pública. Caduca pasados dos años, contaderos desde el día del contrato.

Cuando una cosa perteneciente á muchos no es cómodamente divisible, se vende al mayor postor y se distribuye el precio entre los partícipes. La almoneda debe ser pública, habiendo menores interesados.

Puede pactarse la *retroventa* por la cual el vendedor se reserva el derecho de rescatar la cosa vendida, mediante la restitución del precio y el reembolso de los gastos de la venta, del costo de las reparaciones necesarias y del valor de las mejoras. El término para ejercerlo, no puede pasar de cinco años, después de cuyo período la venta es irrevocable.

La ley admite en esta materia el *retracto*, que es el derecho conferido á ciertas personas para quedarse por el tanto, con el bien raíz vendido á otro en pública subasta. Tales son, por el orden de preferencia: 1.º, el deudor cuya propiedad se remata; 2.º, el comunero; 3.º, el socio; 4.º, el vecino, y 5.º, el consanguíneo dentro del 4.º grado.

El pariente más inmediato excluye al más remoto, y, concurriendo en el mismo grado, son admitidos por igual. Si esta concurrencia tiene lugar entre consocios ó condueños de una cosa indivisa, la adjudicación se opera entre ellos en proporción de la parte que á cada uno toca en la sociedad ó comunidad.

Capítulo VIII—Del cambio

(Arts. 1123 á 1128)

El *cambio* es un contrato por el que las partes se dan respectivamente una cosa por otra. Se comprende en la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

clase de los contratos conmutativos, porque cada parte se obliga á dar una cosa que considera como equivalente de la que recibe; de donde resulta que no es rescindible por causa de lesión. Difiere el cambio de la donación mutua, en que las partes no miran el valor de las cosas que se dan.

Capítulo IX—Del arrendamiento

(Arts. 1129 á 1199)

El *arrendamiento* es un contrato por el cual una de las partes se obliga, sea á dejar á la otra el goce de una cosa cuya propiedad conserva, sea á hacer para ella una obra cualquiera, sea, en fin, á prestarle su industria ó sus servicios, todo durante un tiempo limitado y por cierto precio. Hay dos especies de arrendamiento: el de cosas y el de obras. El primero concierne al goce de una cosa ajena, y el segundo al trabajo que se emplea en utilidad de otro.

Ambos contratos se subdividen en *arrendamiento* propiamente dicho, cuando recae sobre heredades rústicas; en *alquiler*, si es de casas; en *jornal* ó *salario*, si tiene por objeto el trabajo manual ó los servicios industriales; y en *flete*, si estos servicios son de animales. El arrendador se llama también *locador*, y *conductor* el arrendatario.

La duración del arrendamiento depende, en general, de la voluntad de las partes contratantes, á menos de excepciones formales.

El arrendamiento engendra la obligación de entregar el objeto arrendado y de hacer gozar pacíficamente al conductor, mientras dure el contrato; éste debe, á su vez, usar de la cosa arrendada, según el destino que se le ha dado, ó según se presume por las circunstancias

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

del caso, á falta de expresa declaración; debe gozar como buen padre de familia y restituir la cosa en buen estado, siendo responsable de los deterioros ó pérdidas que sucedan por culpa suya ó por la de sus subarrenderos ó dependientes.

El arrendamiento cesa por la expiración del tiempo para el cual fué contratado; por haberse cumplido la condición resolutoria (1); por la pérdida de la cosa arrendada; por la inejecución de las obligaciones respectivas de los contratantes; por la consolidación (2); por el mutuo disenso y por las demás causas de rescisión.

Capítulo X—De la compañía

(Arts. 1200 á 1237)

Contrato de *compañía* ó sociedad es aquel por el cual dos ó más personas convienen en poner alguna cosa en común, con la mira de participar del beneficio que de ella pueda resultar. Hay sociedades civiles y mercantiles. Las primeras se dividen en *universales*, que comprenden todos los bienes presentes y futuros de los socios ó solamente las ganancias que éstos adquieren por su industria, bajo cualquier título; y *particulares*, que se aplican á objetos determinados, ya para el uso ó el goce de una cosa, ya para la explotación de una empresa, profesión ú oficio. Las segundas se refieren especialmente á la especulación sobre mercaderías, y son más usuales que las primeras.

Las compañías civiles deben celebrarse por escrito, cuando su valor pase de 200 pesos; las mercantiles y las

(1) Que revoca ó anula el contrato.

(2) Que tiene lugar cuando el arrendatario adquiere la propiedad de la cosa arrendada.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de empresas y negocios, por instrumento notariado, exceptos las accidentales (1), para cuya comprobación basta cualquiera especie de documento. Unas y otras deben expresar el objeto, el capital, la duración y las demás condiciones esenciales de la sociedad.

La compañía se acaba, á más de otras causas, por la extinción de la cosa ó la consumación de las negociaciones; por la muerte, la inhabilitación ó quiebra de algunos de los socios, así como por su separación voluntaria, cuando no se hubiese limitado la duración del contrato.

Capítulo XI—Del préstamo

(Arts. 1238 á 1274)

Se distinguen dos especies de *préstamo*: el de las cosas que se puede usar sin destruirlas, que se llama *comodato*, y el de aquéllas que se consumen por el uso que se hace de ellas, el cual se denomina *mutuo* ó simplemente préstamo.

El comodato es un contrato por el que una de las partes da una cosa á la otra para que se sirva de ella, á cargo de restituirla después de hacerlo. Este préstamo es esencialmente gratuito. El comodante permanece propietario de la cosa, y el comodatario es responsable de su pérdida ó deterioro, aún por accidente fortuito, sólo en caso de abuso.

El mutuo es un contrato por el cual una de las partes da á la otra cierta cantidad de cosas que se consumen por el uso, á cargo de que devuelva otro tanto de la misma especie y calidad. El mutuario se hace dueño de la cosa

(1) Son aquéllas en que alguno ó algunos se interesan en las negociaciones de otro, poniendo parte del capital, para participar en proporción de las utilidades.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

prestada, y perece para él de cualquier manera que suceda la pérdida; está entonces obligado á pagar su valor, y además, los intereses y las costas de cobranza desde el día de la demanda, si hubiese pasado el término convenido para la devolución.

El préstamo de dinero se hace ordinariamente á intereses, cuya cuota deben las partes fijar por escrito, aunque la cantidad prestada sea menor de 200 pesos. En caso contrario, el prestamista queda obligado á pagar el interés de seis por ciento anual designado por la ley.

Capítulo XII—Del depósito y del secuestro

(Arts. 1275 á 1322)

Se llama *depósito*, en general, el acto por el cual se recibe la cosa de otro á cargo de guardarla y volverla en especie. Al lado del depósito propiamente dicho, está el *secuestro* que es el depósito de una cosa contenciosa, en poder de un tercero encargado de velar en su conservación.

El depósito es *voluntario* ó *necesario*. El carácter constitutivo del primero es la guarda de la cosa, y no hay depósito en el sentido legal, sino cuando la conservación de la cosa ha sido el fin principal y primitivo de su entrega al depositario. Es gratuito, si bien puede estipularse un salario por el servicio, y sólo recae sobre cosas muebles. Debe probarse por escrito, siempre que exceda su valor de 200 pesos.

MELCHOR TERRAZAS

(Concluirá)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—1. CESIÓN DE CRÉDITOS PERSONALES, *ó sea, Comentario de los artículos del título XXV, § 1.º del libro IV del Código Civil*, por don Carlos Aldunate Solar, profesor extraordinario de Derecho Civil en nuestra Universidad, 1 op. de 27 págs., Imp. Nac., Santiago. Es una memoria de prueba presentada por el autor para optar al profesorado extraordinario, en la cual se comentan prolija é individualmente los referidos artículos.—2. DON ANDRÉS BELLO Y EL CÓDIGO CIVIL, por don Miguel Luis Amunátegui Reyes, 1 vol. de 145 págs., Imp. Cervantes, Santiago. Es una edición por separado del notable trabajo que nuestro distinguido colaborador ha tenido á bien insertar en esta REVISTA, y que no dudamos prestará valiosos servicios á la interpretación é historia del Código Civil. Contiene además el artículo *Las notas del Proyecto de Código Civil*, y, con el título de *Comentario*, las notas inéditas que alcanzó á poner el señor Bello á los setenta y seis primeros artículos del Código. Estos trabajos críticos y de concienzuda y erudita recopilación han valido al señor Amunátegui sinceros aplausos de miembros prestigiosos de nuestro foro, y al adherirnos á ellos, nos es grato recomendarlos á las personas estudiosas.—3. ESCRITO de don Javier Eyzaguirre Echaurren presentado en el juicio que sigue con don Juan E. Mackenna sobre derecho á los desmontes de varias minas de Huantajaya, 1 op. de 112 págs. Imp. de "El Progreso", Santiago.

REPÚBLICA ARGENTINA.—Continuación de las publicaciones que nos ha enviado el señor don Adolfo P. Carranza, director de la *Revista Nacional* (véase nuestro número 7). 1. REVISTA NACIONAL, tomo II, entregas 7.ª á 12.ª Este tomo está ocupado en su mayor parte por artículos históricos: notamos también algunos trabajos jurídicos de don Agustín de Vedia sobre los derechos y privilegios del locador. Respecto del artículo del señor Paz Soldán (Q. E. P. D., declarando el que esto escribe que como chileno le perdona las injurias á su patria) á que nos referimos en nuestro número 8, el señor Carranza ha tenido á bien hacernos una declaración que le honra, y de la cual él nos permitirá transcribir algunos apartes. En su carta de 17 de enero último, después de algunos elogios que tributa al refe-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

rido escritor peruano, agrega:—"Como usted mismo lo dice, el distinguido historiador Barros Arana lo refutará (al señor Paz Soldán), y para que vea que el programa de la *Revista* es imparcial y amplio, le diré que me sería no sólo grato, sino honroso publicar en sus páginas lo que contestase su eminente compatriota.—"Rechazo, pues, el último párrafo de su exposición del número 8, si me envolvía en ella, porque sería matar toda discusión ó apreciación sobre hechos que pertenecen á la historia, callar en virtud de un americanismo que no puede aceptarse en esa forma.—"Las opiniones aisladas no son las que estrechan ó rompen los lazos que unen á los pueblos. Hay vínculos, intereses y conveniencias más firmes; hay sentimientos más altos, que están por arriba de las acusaciones á la política de los gobiernos, los cuales generalmente no marchan de acuerdo con sus representados." Tomamos nota de la imparcialidad de nuestro distinguido colega, y sentimos no tener más espacio para discutir apreciaciones.—2. EL MONITOR DE LA EDUCACIÓN COMÚN, publicación oficial del Consejo Nacional de Educación, núms. 106 á 109, revista que da á conocer los considerables progresos realizados por los argentinos en materia de instrucción popular.—3. LEY DE CORRECCIONES AL CÓDIGO CIVIL, edición oficial, 1882.—4. LEYES NACIONALES sancionadas en el período legislativo de 1886, publicación anual, año IV, 1886. Este período comprende desde el 10 de mayo hasta el 26 de noviembre, y fué tan laborioso, que despachó ciento sesenta y cinco leyes, entre las cuales son de largo aliento la ley orgánica de los Tribunales de la capital (332 arts.), el Código de Minería, redactado por don Enrique Rodríguez (375 arts.), y el Código Penal redactado por don Carlos Tejedor (299 arts.)—5. CURSO ELEMENTAL DE ECONOMÍA POLÍTICA, por el doctor don Félix Martín y Herrera, catedrático sustituto de la Facultad de Derecho de la capital, 1 vol. de 195 págs.—6. REGLAMENTO para la dirección científica y el personal docente de la Academia de Ciencias Exactas de la Universidad de Córdoba, 1874.—7. REGLAMENTO orgánico de la Escuela Naval de la República Argentina, 1881.—8. REGLAMENTO de la Escuela de oficiales de mar, de 1882.—9. LEYES Y DECRETOS relativos á la Escuela Normal Nacional del Paraná, 1877.—10. LEY ORGÁNICA de las municipalidades, sancionada por la legislatura de la provincia de Buenos Aires en 1876.—MEMORIA del departamento de policía de la capital, 1885-86.—12. MEMORIAS de la Comisión Directiva de las obras de salubridad de la capital, 1883 y 1884.—13. VIAJE de exploración de la Patagonia Austral, por don Luis Jorge Fontana, 1886.—14. Dos folletos del doctor don José Sienra Carranza sobre cuestiones de política oriental, 1887.—15. CHACO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AUSTRAL, memoria de la colonia Ocampo, por don Antonio Amorena, B-A, 1887.—Omitimos, como anteriormente, la enumeración de muchísimos folletos biográficos y políticos, bocetos, memorias é informes; y por todo ello cumplimos el deber de expresar nuestros agradecimientos á tan distinguido y bondadoso amigo.

ESPAÑA.—1. APUNTES CRÍTICO-JURÍDICOS, por don Sebastián López de Arrojo, abogado del Ilustre Colegio de Madrid, 1 op. de 40 págs. Comprende disertaciones sobre los delitos políticos, los delitos contra la honestidad, la emigración y el suicidio, en las cuales encontramos un criterio sano y perspicaz, y un notable estudio de observación y de crítica. Aplaudimos particularmente los artículos destinados á los delitos aludidos, pues no es dable atribuir mucha utilidad al esfuerzo de ingenio destinado á averiguar cuál de entre estos dos tipos, el emigrante ó el suicida, causa mayor mal á la sociedad.—2. REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA de Madrid, tomo 69, números de julio á diciembre de 1886. Notables artículos, clasificados en todos los ramos del Derecho, aparecen en este volumen, que continúa bajo la dirección del señor Manresa. En el número de agosto se registra un artículo de don Robustiano Vera titulado *La legitimación ipso jure según el Código Civil Chileno.*—3. GACETA DEL NOTARIADO. Centro notarial de España. Revista universal de la institución de la fe pública, profesional y científica, dedicada únicamente á la defensa é ilustración de la misma clase, órgano independiente del notariado de España y Ultramar. Fundador, propietario y director, don José Gonzalo de las Casas, notario de Madrid. Hemos recibido los números 37 á 52, correspondientes al último cuatrimestre de 1886. Esta publicación matritense es el órgano más autorizado del notariado de la madre patria, y tiene á su frente el hermoso lema *nihil prius fide.* Todas las cuestiones de interés, que pueden suscitarse en este orden, se encuentran tratadas en esta revista bajo la dirección del señor de las Casas, que es un distinguidísimo escritor en materias notariales. Saludamos al colega, retornándole con sincero aprecio las benévolas expresiones de compañerismo que nos dedicó en su número 38; y nos es también grato corroborar por nuestra parte todas sus apreciaciones respecto de las simpatías que los chilenos profesamos á España, que el señor de las Casas deduce, y con razón, hasta del nombre de la imprenta por la cual publicamos nuestra REVISTA, «título significativo, dice, que revela el alto aprecio en que allí se tienen las glorias de las letras españolas».—4. REVISTA DE LOS TRIBUNALES, de Madrid, números restantes de 1886, bien que en alguna parte incompletos. En este año la publicación ha sido dividida en dos secciones: la llamada semanal, que de ordinario consta

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de trabajos de poca extensión, resolución de consultas, máximas importantes de jurisprudencia corriente, noticias bibliográficas, anuncios de vacantes, etc.; y la llamada doctrinal, que contiene trabajos extensos doctrinales de los jurisconsultos, artículos críticos de disposiciones legales y de la doctrina que en sus sentencias establecen el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado en casos de verdadera importancia. Se distribuyen además el *Repertorio de Legislación* y la *Jurisprudencia Civil, Criminal, Administrativa é Hipotecaria*, por pliegos el primero y por tomos la segunda. En los tres números que de la sección doctrinal nos han llegado, hemos leído brillantes y luminosos artículos jurídicos, críticos y bibliográficos. Algunos de los últimos han recaído sobre publicaciones chilenas de los señores don Marcial Martínez y don Valentín Letelier. Con el título de *La porción conyugal según el Código Civil Chileno* se ha insertado un estudio de don Robustiano Vera. Concluyendo esta reseña, aplaudimos y estimamos con afectuosa gratitud el artículo necrológico que el ilustre jurisconsulto, señor don Manuel Torres Campos, dedica á honrar la memoria de don Benjamín Vicuña Mackenna.—5. La Enciclopedia Forense de Málaga, revista quincenal de jurisprudencia; su director, don Narciso Díaz de Escovar; núms. 32, 33, 35 y 37 de 1886, y 47 y 48 de 1887. Es una publicación bien dirigida, é ilustrada, aunque de pequeñas dimensiones. Agradecemos al señor Díaz de Escovar la benévola deferencia con que dió cuenta de nuestra Revista en uno de los números citados.—6. Finalmente, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid ha tenido la amabilidad de enviarnos las memorias y enmiendas presentadas acerca de los doce temas en que se ocupó el último Congreso Jurídico Español, y cuyos autores son los señores Manuel Durán y Bas, Manuel Danvila, Manuel Torres Campos, Aureliano Álvarez Cienfuegos, Bienvenido Oliver, José María Pantoja, Francisco Giner de los Ríos, Joaquín Costa, Manuel Pedregal y Cañedo, Joaquín Gil Berges, Mariano Ripollés y Baranda, Laureano Figuerola, Aureliano Linares Rivas, Telésforo Gómez Rodríguez, Francisco Silvela, José Díez Macuso, Eduardo Dato Iradier, Faustino Rodríguez San Pedro, Enrique García Alonso, Matías Barrio Mier, Antonio Morales y Gómez, José Valdés Rubio, Fermín Canella Secades, José María Planas y Casals, Nicolás Paso y Delgado, Luis Díaz Cobeña, Cristino Martos, Rafael María de Labra, Tomás Montejo, Vicente Romero y Girón, Rafael de Gracia y Parejo, José Villa-amil y Castro, Luis G. Soler, José Gallostra, José Maluquer de Tirrell, Gabriel Rodríguez, Enrique Ucelay, José Martínez Agulló, Bernabé Dávila, Juan María López Díez, G. B. Rolland, José Elías de Molíns,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

José de Montes, Francisco Isern, Mario Navarro Amandi. Nuestros expresivos agradecimientos á la ilustre Academia por su exquisita atención.

PORTUGAL.—*O mundo legal e judiciario* de Lisboa, núms. 2, 5, 6, 7, 8, 10 y 11 del año I, 1886-87. Director, don A. Ansur. Esta revista contiene artículos jurídicos variados, y una miscelánea bibliográfica interesantísima. Felicitamos al señor Ansur por su infatigable laboriosidad, y deseamos prosperidad á su valiosa publicación, único representante, que conocemos, del foro portugués.

BIBLIOTECA DE LA "REVISTA FORENSE CHILENA."

Vol. I.—COMENTARIO DE SIETE TÍTULOS DEL CÓDIGO CIVIL (títulos preliminar y I á VI del libro I), por don Juan Antonio de Armas.

Se han publicado las entregas 10 y 11, que comprenden hasta la página 352.

LA DIRECCIÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SUMARIO GENERAL DEL TOMO SEGUNDO

SECCIÓN EDITORIAL

Asuntos varios.—Nuestro primer aniversario, pág. 5.—La Biblioteca de la REVISTA FORENSE CHILENA, pág. 385.

Notas Editoriales.—El Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil, pág. 6.—La Real Academia Matritense de Legislación y Jurisprudencia y la Universidad de Chile, pág. 7.—El Certamen "Federico Varela", pág. 8.—El Certamen bienal de la Facultad de Leyes, pág. 9.—Los Proyectos de Código de Enjuiciamiento Civil y Criminal, pág. 70.—El Congreso Jurídico Español, pág. 194.—Legislación centro-americana, pág. 196.—Los tinterillos en Méjico, pág. 199.—Instituciones legales del Salvador, pág. 265.—El Certamen "Federico Varela", pág. 321.—La Constitución Política de Colombia de 1886, pág. 323.—Algo sobre los certámenes universitarios, pág. 449.—La reorganización de la enseñanza del Derecho en Italia, pág. 451.—Ordenanzas de la Armada española vigentes en Chile en 1810, pág. 529.—Proyecto de Ordenanza General de la Armada, pág. 530.—Proyecto de Ordenanza General del Ejército, pág. 530.—Proyecto de Código de Enjuiciamiento Criminal, pág. 531.—El Congreso Jurídico Español, reseña de sus trabajos, pág. 659.—Legislación costaricense, pág. 666.

Necrología.—Don Antonio Varas, pág. 65.—Don Bernardo Salinas Letelier, pág. 193.—Don José Miguel Barriga, pág. 257.—Don Carlos Aguirre Vargas, pág. 513.—Don Santiago Prado, pág. 577.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

Derecho Constitucional y Administrativo.—Una garantía constitucional barrenada por el Código Penal: el art. 142 de la Constitución y el 37 del Código Penal, pág. 10.—De las competencias entre la autoridad administrativa y la judicial, pág. 72.—Una frase errónea en el Derecho Constitucional, pág. 101.

Derecho Civil.—Explicación del artículo 959 del Código Civil, página 17.—De la compensación, exposición del título XVII, libro IV del Código Civil, págs. 148 y 214.—Reforma del artículo 1464 del Código Civil, pág. 258.—Alcance del artículo 998 del Código Civil, página 283.—Sucesión de los ascendientes: error de una de las notas anexas al Código Civil, pág. 342.—Una cuestión sobre efecto retroactivo de la ley: las mujeres de los territorios anexados á Chile á consecuencia de la última guerra, casadas durante el régimen peruano ¿conservan hoy día la facultad de administrar sus bienes parafernales? págs. 410 y 487.—¿Son compensables los alimentos forzosos? pág. 430.—La abuela ilegítima ú otros parientes ilegítimos lejanos ¿tienen algún derecho en nuestra legislación? pág. 731.

Derecho Mercantil.—Comentario del Título Preliminar y del Título Primero del Libro Primero del Código de Comercio, págs. 200, 269, 326, 386, 532, 595, 668 y 714.

Derecho Penal.—Del robo con violencia ó intimidación en la personas, pág. 129.—La vindicta individual en el Código Penal Chileno, pág. 453.—¿Subsisten en nuestra actual legislación las disposiciones legales españolas relativas al afrontamiento de los presuntos adúlteros? pág. 682.

Enjuiciamiento Civil.—¿Están obligados los curadores de menores á absolver posiciones en los juicios en que éstos tuvieren parte? ¿Qué efecto pueden producir las confesiones judiciales de tales curadores, respecto de los derechos reales de sus pupilos, cuando no haya otra prueba en autos? pág. 288.—El nombramiento de los jueces, página 518.—El nombramiento de los jueces, pág. 578.

Enjuiciamiento Criminal.—Verdadera inteligencia de la ley de de 3 de agosto de 1876, pág. 84.—De la inviolabilidad de la correspondencia en la pesquisa criminal, pág. 580.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

Derecho Civil.—El reconocimiento de hijo natural hecho por un

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

testamento ¿puede revocarse por otro posterior? pág. 38.—Una cuestión interesante sobre enajenación del derecho de asistir á funciones de abono de un teatro, pág. 356.

Derecho Internacional.—Cuestión de Derecho Internacional privado, pág. 103.

Derecho Constitucional y Administrativo.—¿Es delito el acto de presentarse á votar con calificación ajena? pág. 108.

Derecho Mercantil.—El abordaje según el Código de Comer- y las decisiones de nuestros Tribunales, págs. 237 y 296.

Enjuiciamiento Civil.—Interpretación del artículo 397 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (octubre 15 de 1875), pág. 116.—¿Es deber de los procuradores del número concurrir á las visitas semanales de cárcel? pág. 235.—¿Es deber de los promotores fiscales y de procuradores del número asistir á las visitas semanales de cárcel? pág. 293.—Inscripción del decreto judicial que confiere la posesión efectiva de la herencia, pág. 560.

SECCIÓN EXTRANJERA

Derecho Mercantil.—Los actos de comercio en el nuevo Código Italiano, págs. 44, 124 y 175.

Enjuiciamiento Civil.—Estudios filosóficos sobre el beneficio de pobreza para litigar, pág. 375.

Legislaciones Extranjeras.—Legislación civil boliviana, páginas 619, 695 y 734.

Administración de Justicia.—Sobre la conducta que deben guardar los jueces y magistrados en su vida pública y privada, pág. 641.

SECCIÓN HISTÓRICA

Don Andrés Bello y el Código Civil, págs. 169, 247, 316, 362, 504 y 565.

Las notas del Proyecto de Código Civil, á propósito de un artículo publicado en esta REVISTA, pág. 405.

Sucinta reseña histórica de la Constitución de la República de Chile, jurada y promulgada en 25 de mayo de 1833, pág. 705.

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

Revista bibliográfica.—Chile, págs. 61, 254, 380, 443, 509 y 759.—República Argentina, págs. 61, 446, 509 y 759.—Brasil, pági-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nas 63, 383 y 639.—Colombia, págs. 382 y 510.—San Salvador, página 511.—Perú, pág. 63.—Bolivia, pág. 255.—Francia, pág. 63.—Italia, pág. 64.—España, págs. 63, 383 y 761.—Cuba, pág. 384.—Portugal, pág. 763.—Biblioteca de la REVISTA FORENSE CHILENA, páginas 320, 384, 448, 512, 640 y 763.

VARIEDADES

Relaciones recíprocas entre la prensa y la legislación, págs. 159 349, 554, 612 y 690.

ERRATAS NOTABLES

PÁG.	LÍN.	DICE	DEBE DECIR
10	15	papeles	penales
36	12	ó data con el haber	con la data ó el haber
39	4	Recabarren	Recabarren,
39	5	llamados	llamado
211	23	Comercio, un	Comercio á un
395	14	puede	pueda
418	27	Código de	Código
449	1	III	II
544	18	de especulación	de una especulación
551	4	originar otro	originar sino otro
689	30	gislador	Legislador
689	31	Leción	ción

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

CUADRO

DE LOS COLABORADORES DEL TOMO SEGUNDO

CHILENOS

Alfonso, don José
Alfonso, don Paulino
Amunátegui, don Miguel Luis
Amunátegui R., don Miguel Luis
Arlegui, don Juan de Dios
✠ Aguirre Vargas, don Carlos
Ballesteros, don Manuel Egidio
Bianchi Tupper, don Juan
Cood, don Enrique
Chavarría Contardo, don Ramón
Donoso Vergara, don Francisco
Duvanced, don Abelardo
Huneeus, don Jorge
Lastarria, don José Victorino
Larraín Z., don José Joaquín
Latorre, don Enrique C.
Rivera Jofré, don Carlos
✠ Varas, don Antonio
Venegas, don Fortunato
Vergara, don Luis Antonio
Vera, don Robustiano
Vila, don Bernardino A.

EXTRANJEROS

Alonso y Colmenares, don Eduardo (transcripción)
Aguilera y Vera, don Andrés (id.)
Terrazas, don Melchor (original)
Vitalevi, don Moisés (transcripción)

Imp. Cervantes, Bandera 73

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO