REVISTA FORENSE CHILENA

TOMO IV

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 CUARTO

TOMO IV

SANTIAGO DE CHILE
IMPRENTA CERVANTES
CALLE DE LA BANDERA, 73
1888

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO IV Santiago, 1.° de junio de 1888 NÚM. 1.°

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—La abolición de la esclavitud en el Brasil, por La Dirección.—Don Miguel Elizalde; don Francisco Donoso Vergara, por E. C. L.—Notas Editoriales: La translación á Valparaíso de los restos de los héroes de Iquique. Congreso Jurídico de Londres. Una necesidad imperiosa: formación de un Diccionario Suramericano de Jurisprudencia y Legislación.—El Código Penal ¿ha derogado las leyes 17, título 4.°, libro 4.° del Fuero Real, y 109 del Estilo? por don Alejandro Fuenzalida.—Comentario del Título preliminar y del Título I del Libro I del Código de Comercio (continuación), por don José Alfonso.—Pago de alcabala: ¿se debe contribución de alcabala cuando se adjudica ó se remata un bien inmueble por los herederos interesados en una sucesión? ¿Se deberá en el caso de liquidación de una sociedad, cuando á un socio se le entera su cuota con un bien raíz social? por don Robustiano Vera.—Don Enrique Cood, por don Miguel Luis Amunátegui Reyes.—Revista bibliográfica, por La Dirección. Juicio crítico del *Bulletin de la Société de Législation comparée* de París sobre la obra de M. Courcelle Seneuil *Préparation à l' étude du Droit.*

Introducción del presente tomo

«Nadie ignora que hoy la expansión más interesante del espíritu humano, se efectúa por medio de las Revistas especiales que en los principales países se han fundado y toman importancia creciente. El libro se torna ya en vehículo muy lento para el progreso científico, y puede afirmarse que los mismos libros importantes aparecen, generalmente, por capítulos sucesivos en las grandes Revistas europeas. La Revista es el hilo telegráfico que une entre sí los anfiteatros, laboratorios, academias y museos del universo, patentizando así la solidariedad de la labor común. Las teorías y los inventos y descubrimientos parciales se suceden con rapidez tan asombrosa en el mundo científico, que el sabio ó el estudiante que quisiera seguir el movimiento intelectual por el estudio de las solas obras completas, quedaría fatal y perpetuamente rezagado.» (*Memoria de 1887 del Ministro de Justicia de la República Argentina, señor don Filemón Posse, citada por don José María Cantilo en el artículo* LA DEMOCRACIA Y EL DERECHO, *inserto en* LA NACIÓN *de Buenos Aires, de 4 de octubre de 1887.*)

LA ABOLICIÓN DE LA ESCLAVITUD EN EL BRASIL

Uno de los acontecimientos más memorables del presente siglo, para la América y la humanidad, será en la historia la ley

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que en el próximo pasado mes de mayo ha dictado el Parlamento brasileño, por la cual es y queda abolida la esclavitud en este vasto imperio.

Es honroso para aquel Legislador y el Gobierno imperial un acto tan significativo como magnánimo, pues él importa restituir á la persona el más fundamental de sus derechos innatos, á las instituciones cristianas su ideal más característico, á la humanidad, en fin, lo que la cultura y civilización de la época tenían derecho á esperar en el adelantamiento prodigioso que alcanzamos.

Al dejar constancia en esta REVISTA de la expedición de una ley tan honrosa como fecunda, que trae tan benéfica depuración en las instituciones del Derecho Público del Brasil y en el Derecho Americano, nos es grato felicitar á nuestro ilustrado amigo y corresponsal, doctor don Alfonso Celso Junior, secretario de la Cámara brasileña de Diputados, á quien la causa de la libertad de los siervos debió discursos tan patrióticos como elocuentes (1); y á nuestro distinguido colega señor do Monte, director de *ODireito*, de Río de Janeiro.

LA DIRECCIÓN

DON MIGUEL ELIZALDE

El 26 de abril último ha fallecido en esta ciudad este notable abogado y jurisconsulto. Había nacido en 1830.

Fué relator de la Corte de Apelaciones, secretario de la Intendencia de Aconcagua, diputado en varias legislaturas, miembro de la Municipalidad de Santiago, y últimamente había sido elegido senador por la provincia de Aconcagua por un período constitucional de seis años.

En el ejercicio de su profesión de abogado se conquistó una sólida reputación y clientela distinguida. En 1871 publicó una

(1) Conocen nuestros lectores el notabilísimo discurso del señor Junior con motivo de la ley de 28 de septiembre de 1885, cuyos principales pasajes reprodujimos en las páginas 639 y 640 del tomo II de esta REVISTA.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

edición del Código Civil, concordando sus artículos entre sí y con los del Código Civil Francés, que, como lo expresaba en su introducción, estaba destinada á ofrecer "un caudal no despreciable de recursos fáciles y apropiados al examen regular de la ley, y á la economía de tiempo que ordinariamente necesitan los que hacen una profesión del estudio de Derecho".

DON FRANCISCO DONOSO VERGARA

El mismo día 26 de abril fallecía en Valparaíso el señor Donoso Vergara, abogado y escritor.

Había sido miembro de la Cámara de Diputados en dos períodos; y en las últimas elecciones había sido elegido senador suplente de Tarapacá.

Fue colaborador de *La Patria* de Valparaíso y de otras publicaciones periódicas sobre materias jurídicas, económicas, industriales, políticas y sociales. Publicó diversos opúsculos sobre cuestiones de hacienda y de minería, de algunos de los cuales hemos dado cuenta en esta REVISTA.

El señor Donoso Vergara estaba dotado de cualidades distinguidas de inteligencia y de recto criterio, y poseía una vasta ilustración. Entusiasta cooperador de esta publicación, envió á ella diversos trabajos jurídicos que fueron recibidos con general aceptación y algunos de ellos reproducidos en la prensa profesional extranjera.

Lamentamos, por tanto, la desaparición de tan distinguido colaborador y estimamos que su nombre debe ser recordado con preferencia y gratitud entre los servidores abnegados de la política, la industria, la prensa y la ciencia jurídica de nuestro país.

E. C. L.

NOTAS EDITORIALES

LA TRANSLACIÓN Á VALPARAÍSO DE LOS RESTOS DE LOS HÉROES DE IQUIQUE.—En el mes de mayo último fueron transladados del puerto chileno de Iquique al de Valparaíso los restos mortales de los héroes

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

del glorioso combate del 21 de mayo de 1879, Arturo Prat, Ignacio Serrano y Juan de Dios Aldea, y sepultados, después de grandiosos funerales, en la cripta del monumento conmemorativo de la referida lucha naval, que se alza á la entrada de aquel puerto.

Cumpliendo un deber patriótico ineludible, la Dirección de esta Revista depositó sobre la tumba del ilustre Prat una modesta corona de flores simbólicas con la siguiente dedicatoria: «La Dirección de la Revista Forense Chilena al abogado y héroe de la marina nacional, Arturo Prat, en la translación de sus restos mortales á Valparaíso, el 21 de mayo de 1888.»

Congreso Jurídico de Londres.—La Asociación para la reforma y codificación del Derecho de Gentes, de Londres (13, Creil Street, Strand, W. C.), prepara la reunión de un Congreso Internacional en esta ciudad, cuyas sesiones serán celebradas en el Guildhall, bajo auspicios del Lord Mayor, desde el 25 de julio del corriente año.

La Dirección de esta Revista, en la imposibilidad de su Director para asistir á este Congreso, á que tan amablemente ha sido invitado por el ilustrado director de *The Law Magazine and Review*, que es á la vez secretario de dicha Asociación, se hará un deber en dar cuenta de preferencia de todos los actos y conclusiones de la asamblea.

Los Derechos Comercial, Marítimo, Público y Privado son la especialidad de la Asociación, cuyo presidente del Consejo Ejecutivo es sir Francis Twiss, reputado jurisconsulto inglés.

Los temas en que se ocupará este Congreso, destinado á la reforma y codificación del Derecho Internacional, son los siguientes: La neutralidad del territorio por tratados. Las aguas territoriales, sus límites y privilegios. El progreso del arbitraje internacional. La seguridad de navegación del Canal de Suez. Ciertas obligaciones originadas de los tratados internacionales. La ejecución de los juicios extranjeros. Alcance de la prueba de testigos en país extranjero. Conflicto de las leyes respecto del matrimonio. Tratados de extradición y delitos que originan ésta. Colisiones marítimas. Convenciones internacionales para el mantenimiento de los faros. Leyes de fletamento. Pólizas de cargo. Avería gruesa.

Una necesidad imperiosa. *Formación de un Diccionario Sur-americano de Jurisprudencia y Legislación.*—Hé aquí el artículo del ilustrado doctor venezolano don J. M. Portillo, de que dimos cuenta en nuestro número 12 del tomo III, y que está dedicado al magistrado de Maracaibo doctor don Francisco Ochoa: «La América Latina reclama con

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

imperiosa urgencia la formación de un *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*.

"El Diccionario de Escriche, que por mucho tiempo fué muy útil á la España y á la América del Sur, es hoy no sólo una obra deficiente, sino de influencia perniciosa, á lo menos para los extraños á la ciencia, porque el Derecho moderno ha variado de tal modo ciertas nociones, que sin el conocimiento de éste, la lectura de aquella obra nos haría incurrir en lamentables errores.

"Escriche redactó su Diccionario, calcándolo sobre la Legislación romana, la antigua Legislación española y el Derecho canónico, y como monumento histórico siempre conservará aquel libro su importancia; mas como obra de enseñanza actual, la ha perdido en mucho, conservándola en cuanto al procedimiento, en que los sur-americanos seguimos más las huellas del legislador español que las de cualquier otro legislador europeo.

"No seremos nosotros quienes negaremos la influencia de la legislación romana y de la antigua española en el Derecho moderno; pero el progreso de la sociedad, y como consecuencia de éste, el natural desenvolvimiento del Derecho, ha dado lugar á nuevas reformas, que han originado, no sólo una variación formal en el vocabulario técnico de la ciencia, sino también en el fondo de las cuestiones jurídicas. Lejos de negar nosotros el influjo benéfico y civilizador del Derecho romano (aunque se nos ha atribuído lo contrario) en la formación del Derecho moderno, notamos cada día que los más distinguidos expositores franceses é italianos comentan los códigos europeos con los datos que les suministran los intérpretes romanistas, y á veces no se limitan á comentar, sino que con esos datos y con las observaciones de aquéllos revolucionan con éxito. Hay más: si la Medicina, que es una ciencia que por ser eminentemente experimental, tiene que ser más progresiva y apartarse de sus orígenes, no puede separarse de ciertas sentencias y afirmaciones que le legaron los antiguos (como, por ejemplo, los aforismos de Hipócrates), ¿cuándo podría separarse la ciencia jurídica, que es más especulativa que práctica, de sus fuentes primitivas? Imposible.

"En materia de Derecho la mayor parte lo debemos á los romanos, sin que esto sea una contradicción con otras opiniones nuestras, por lo que hace á la importancia que se da en las aulas al estudio de esa materia, como lo probaremos en otra oportunidad.

"En materia de contratos y obligaciones no hemos innovado mucho, y sólo han recibido en el *derecho privado* transcendentales reformas, el derecho de *personalidad;* como parte de éste, el de la *propiedad*, y como parte especial del mismo, el de la *familia*.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Por lo demás aun esos grandes principios que se creen conquistas de nuestro siglo, se encuentran en la Legislación romana expresados con tanta precisión como en los Códigos actuales, y presentaremos, por vía de ejemplo, algunos de los prolegómenos de los Códigos, porque al multiplicar las citas, nos haríamos interminables.

"Creen, por ejemplo, algunos que la división de las leyes en *imperativas*, *facultativas* y *prohibitivas*, (*preceptivas*, *permisivas* y *defensivas*, en el lenguaje de otros), es distinción moderna, cuando es antiquísima y se encuentra en la ley 7.ª del *Digesto de Legibus*, en los términos siguientes: *Legis hæc virtus est imperare, vetare, permittere.*

"Hay otro *principio* que creen algunos publicistas y jurisconsultos del siglo que es una conquista del Derecho público moderno, tal es: *la ley no tiene efecto retroactivo;* no obstante, ese principio se encuentra incorporado en el Derecho antiguo, ley 22, título 3.º, libro primero del *Digesto*, y en el *Código*, ley 7.ª, así: LEGES ET CONSTITUTIONES FUTURIS CERTUM EST DARE FORMAM NEGOTIIS, NON AD FACTA PRÆTERITA REVOCARI.

"Podemos decir más todavía sobre este último aforismo, y es que durante la supremacía del Derecho romano alcanzó una amplitud más en consonancia con el principio de libertad, que la que ha tenido en los tiempos modernos, porque algunos Códigos europeos, como el de Baviera, establecen en la sanción de ese principio chocantes excepciones, que destruyen la garantía consagrada por la no retroactividad.

"Creen muchos que es conquista del moderno Derecho constitucional que no debe cumplirse ninguna ley contraria al orden público, y este principio estaba sancionado desde mucho tiempo en el *Código*, leyes 38 y 22, de la manera siguiente: *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest; privatorum conventio juri publico non derogat.*

"Algunos abogados y juristas atribuyen al célebre, y justamente célebre, canciller D'Agueseau la famosa máxima: *lex dura, sed lex*, y mucho antes que la profiriera el eminente magistrado, la había consagrado el derecho romano en la *ley 12* del Código en la siguiente fórmula: *lex dura, sed scripta.*

"Podríamos multiplicar las citas, pero esto contrariaría los propósitos de brevedad que nos hemos impuesto, de elaborar un artículo de periódico y no un libro.

"Diremos más, y es que hay materias en que tanto el Legislador, como el jurisconsulto moderno tienen que ocurrir, para proceder con acierto y beber en buenas fuentes, al Derecho romano, y son los *interdictos*, la *prescripción*, las *acciones* y las *servidumbres.* Nada se ha escrito sobre esto que supere á la Legislación de Justiniano, y al contemplar en esta

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

parte ese monumento del Derecho antiguo, los amantes de la Ciencia tienen que parodiar á Napoleón diciendo: "Desde lo alto de esas pirámides, los siglos os contemplan."

Tampoco negaremos la influencia del Derecho Español en nuestro Derecho actual, porque siempre creeremos que es digno de admiración el esfuerzo de los reyes de España en pro de la legislación, principalmente el de don Alfonso el Sabio en su Código inmortal de "Las Partidas", porque aunque éste, con la sucesión de los tiempos, viniera á ser, según la expresión del jurisconsulto Pacheco, un Código supletorio, fué ese Código la fuente originaria de donde emanaron los otros Códigos españoles. Ni es sólo en aquel Código, ni en los otros donde los legistas modernos han tratado de aprender, sino en esas recopilaciones llamadas *Fueros* de España, que han sido tan importantes para la formación de los Códigos actuales, como lo han sido también los *Fueros* de Portugal, los *Estatutos* de Italia, las *Costumbres* de Francia, el derecho *territorial* y *municipal* de Alemania, y el *derecho común* de Inglaterra, recopilaciones todas que constituyen propiamente un derecho que podemos llamar consuetudinario.

"Con todo, tenemos que hacer una observación, por más que contradiga otra de un erudito comentarista español, don Juan Sala. El Derecho español no degolló, como asegura éste en una fuerte y ruda expresión, al Derecho romano, porque si los Códigos que constituyen aquél crecieron en importancia, lo deben precisamente á las exposiciones y comentarios que de ellos hacían insignes romanistas, entre los que descuellan Gregorio López y Antonio Gómez.

"¿Y qué diremos del Derecho canónico, otro de los elementos que sirvieron á Escriche para la formación de su Diccionario? La influencia de ese Derecho no desaparecerá nunca; á él debe muchos aforismos la ciencia jurídica moderna, y en todo lo que se relaciona con el matrimonio casi siempre ha triunfado la Iglesia sobre la pretensión de los innovadores, de tal manera que Fiore, publicista italiano y partidario acérrimo de la separación de la Iglesia y el Estado, acepta en el terreno del Derecho Internacional privado como *communis opinio* que un matrimonio clandestino celebrado en un país que haya aceptado el Concilio de Trento, que lo prohibe, no es válido, á pesar de que sea permitido por la ley del país de los contrayentes, corroborando con esto la opinión de acreditados canonistas contra lo que sostienen jurisconsultos que en este caso podemos llamar profanos.

"Pero sin desconocer esa prestación de servicios que los tres Derechos, romano, antiguo español y canónico, han hecho en el Diccionario de Escriche á la Legislación, ¿qué importancia práctica tiene ese libro

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en nuestra Legislación y Jurisprudencia modernas?—Muy poca, por cierto, como vamos á demostrarlo de varios modos.

"Escojamos así, al tiento ó al acaso, si puede decirse, cualquiera de las letras que constituyen su índice, y nos encontraremos con artículos que si no son erróneos en nuestra actual Legislación, son por lo menos superfluos. Veámoslo, advirtiendo que cuando esto escribimos, no nos hemos fijado con premeditación en ninguna materia, sino en la que se nos presenta inadvertidamente al abrir el extenso léxico.

"ABACERÍAS: hé aquí la primera palabra con que se exhibe Escriche en su vasto vocabulario. Cerca de tres páginas abraza la enseñanza de la materia; pero si queda satisfecha la curiosidad de un espíritu divertido, la sed de un espíritu científico no se satisface ni á medias.

"BAGAJES: he aquí la segunda palabra de la letra B con que nos entretiene el legista español, aunque tengamos que admirar su laboriosidad, útil tal vez para el tiempo en que escribió; de ninguna importancia en la actualidad.

"Igual consideración tenemos que hacer sobre el vocablo *caballos*, de minuciosa curiosidad, pero que de muy poco sirve en el terreno científico.

"Así podríamos ir escogiendo en cada letra siete, ó cinco vocablos por lo menos, para probar nuestra fundamental aserción; pero incurriríamos en el defecto que le impugnamos á Escriche de ser estéril é inútil, y por eso preferimos remontarnos á consideraciones de más alto linaje, comprobando la necesidad de un DICCIONARIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA SUR-AMERICANO.

"El Derecho mercantil que enseña el Escriche es, con leves variantes, el que contienen las "Ordenanzas de Bilbao", mientras que el Derecho actual ha progresado tanto, que puede decirse que mayor adelanto hay de Pardessus á Massé, y de éste á Alauzet, que de aquel Código al primero de los tratadistas nombrados.

"Hay además ramas en la vasta ciencia jurídica que pueden considerarse como enteramente nuevas: tal es, por ejemplo, la que constituye el *Derecho Internacional privado*, de tal modo que quien se empapa en las doctrinas de Fœlix, tiene que aprender de nuevo al leer á Pascual Fiore, y aún se nos ha informado, porque de ello no tenemos conciencia, que no es este autor quien ha pronunciado, por lo menos hasta hoy, la última palabra de la ciencia, porque lo deja muy atrás el profesor belga Laurent, que escribió con posterioridad confirmando aquella observación de Juan B. Say: "Los sabios suben los unos sobre los hom-
" bros de los otros para explorar en la ciencia un horizonte cada vez
" más extenso."

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"El mismo Derecho militar es hoy altamente benigno, y la crueldad de las leyes españolas que encerraba "el Colón", en forma de Código, ha desaparecido ante el poderoso influjo de nuestras instituciones democráticas.

"Y ¿qué diremos del moderno Derecho penal? Beccaria fué á Dracón, lo que Descartes y Kant á Aristóteles, y la filantropía en las leyes penales ha sido fecundada de tal manera por Rossi, Carrara y Mancini, que el Derecho penal parece una ciencia nueva.

"¿Pero acaso podría decírsenos que los progresos indicados hasta ahora servirán para la formación de un diccionario europeo de Jurisprudencia y Legislación y de ningún modo para un diccionario de Legislación y Jurisprudencia sur-americano? Á esto creemos contestar victoriosamente, diciendo que los países de Europa lo tienen y que la América latina ha adoptado todos esos progresos, poniéndolos en consonancia con sus instituciones, civilización y costumbres, que debe servir de base á la obra que proclamamos.

"En síntesis, queremos un "Diccionario de Jurisprudencia y Legislación sur-americano", adoptando todas las reformas que la Europa moderna ha hecho en sus Códigos y por medio de sus expositores, pero de acuerdo con nuestro modo de ser político y social, con nuestra civilización y costumbres consagradas por los Códigos propios que tenemos, y de conformidad con la jurisprudencia establecida por nuestros tribunales y la doctrina de nuestros jurisconsultos.

"Hombres eminentes, jurisconsultos de fama tiene la América que pueden afrontar la empresa, no sólo por alcanzar reputación y gloria, sino también para obtener otra clase de ventajas y ganar dinero.

"En cuanto á nosotros, quienes desde luego nos declaramos incompetentes para la ardua y colosal empresa, no diremos lo mismo con respecto á nuestra colaboración, y desde ahora la ofrecemos al individuo ó asociación que quiera prestar este importante servicio á la América Española. En otro artículo y en otra ocasión indicaremos algunos de los muchos planes que pueden adoptarse para la formación y redacción de la obra.

"Y terminamos suplicando á los periodistas del Nuevo Continente la reproducción de este artículo, ya que no por su mérito intrínseco, por la importancia del asunto.

"J. M. Portillo"

"*Maracaibo, 14 de noviembre de 1887.*"

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

EL CÓDIGO PENAL ¿HA DEROGADO LAS LEYES 17, título 4.°, libro 4.° del Fuero Real, y 109 del Estilo?

I

En un artículo publicado en el número 11, tomo III de esta REVISTA, y que trata de las circunstancias agravantes de los números 15 y 16, artículo 12 del Código Penal, hicimos la historia fidedigna del significado técnico de la palabra *delito* antes y después de la revisión del proyecto de dicho Código, según las actas de la Comisión Redactora. Y creemos que en ese artículo dejamos establecido de un modo claro que la expresada palabra, antes de la revisión, no comprendía las faltas, causa por que, siempre que se quería comprenderlas en alguna disposición, había necesidad de decir *delito* y *falta*, y cada vez que se quería excluirlas bastaba emplear la palabra *delito*, como puede verse en el primitivo epígrafe del libro segundo y en varios de los de sus títulos; y que, por el contrario, después de la revisión y á consecuencia de haberse dividido los delitos en crímenes, simples delitos y faltas, dicha palabra pasó á ser un género que comprende tanto el crimen y el simple delito como la falta, causa que obligó á suprimir por redundante la palabra *falta* en todas las disposiciones que antes la empleaban para comprenderla y á usar la frase *crímenes y simples delitos* para excluirla, como puede verse en los epígrafes del libro II del Código Penal, que no trata de faltas.

Pues bien, en vista de esta historia y del significado legal que, según ella, tienen en el Código la palabra *delito* y la frase *crímenes y simples delitos*, podemos afirmar que ni el artículo 454 ni otro alguno de los comprendidos en el párrafo 5.°, título 9.°, libro 2.° de ese Código son aplicables á los hurtos de cosas que valgan diez pesos ó menos que han sido clasificados y penados como faltas por el número 19.°, artículo 494 del mismo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Código; en general, porque el libro 2.º según su propio epígrafe, sólo trata de crímenes y simples delitos, y en especial, porque el título 9.º tiene por epígrafe "Crímenes y simples delitos contra la propiedad."

Y en este punto es unánime la jurisprudencia de nuestros tribunales, pues no apliçan á los hurtos de que hablamos ninguna de las disposiciones del expresado párrafo quinto; pero hasta el año 1879 era también unánime en aplicar la misma presunción del artículo 454 invocando las leyes 17, título 4.º, libro 4.º del Fuero Real y 109 del Estilo, que no consideraban derogadas por dicho artículo y el final del Código, de suerte que, reconociéndose que esas leyes habían sido derogadas en cuanto á los hurtos de cosas cuyo valor excede de diez pesos, se les consideraba vigentes para los hurtos cuya cuantía no excedía de dicha suma. Esta doctrina que, en vez de restringir, ampliaba una presunción odiosa y contraria á los reos, es la que vamos á impugnar.

II

Reconociendo que esta doctrina evita una de las consecuencias lógicas del gravísimo error que cometió la Comisión Redactora calificando como faltas á los hurtos de que hablamos, que son por su naturaleza verdaderos simples delitos, lo mismo que todos los otros; y atribuyéndola además al sano deseo de salvar siquiera en parte dicho error que, entre otros, ha producido la consecuencia chocante al buen sentido de que la presunción del artículo 454 se aplique á los hurtos cuyo valor excede de diez pesos y no á los demás, á pesar de existir la misma razón para que se aplique, como antes, á los unos y á los otros, no podemos, sin embargo, aceptarla por ser abiertamente contraria á la letra clara de la ley y porque nosotros negamos á los tribunales la peligrosa facultad de prescindir del tenor literal de la ley á pretexto de corregir defectos en que ha incurrido el Legislador. Y por otra parte, si para nosotros es un gravísimo defecto el de haberse limitado la presunción del artículo 454 á los hurtos que son clasificados como crímenes ó simples delitos por el título 9.º del libro 2.º, puede ser que no lo haya sido para

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el Legislador, que así como limitó expresamente la disposición del artículo 448 á las cosas cuyo valor excede de diez pesos, por cuanto, según el acta de 4 de junio de 1873, "la apropiación de estas cosas halladas y al parecer perdidas, aunque ilegal, no da mérito, sin embargo, para un proceso", pudo también limitar conscientemente la presunción del citado artículo 454 á los hurtos que valgan más de diez pesos por considerar que en los otros no hay mérito para un proceso. No se crea que esto significa que nosotros consideramos racionales las limitaciones de los artículos 454 y 448; pero hacemos estas reflexiones porque ellas inducen á interpretar el último artículo más estrictamente conforme á los epígrafes del libro y título en que está colocado. "Cuando el sentido de la ley es claro, dice Demolombe, tomo I, número 116, debe aplicarse aunque no parezca conforme á los principios generales del derecho ó á su equidad. El juez puede engañarse á este respecto, pues la ley suele estar fundada en razones de interés general á los cuales haya sido menester sacrificar algunos intereses privados, y en todo caso la ley, sea como fuere, debe ser obedecida mientras exista."

Previos estos antecedentes, podemos analizar los fundamentos de la doctrina que vamos á combatir y que ya hemos manifestado en la nota correspondiente al artículo 454 de la obra titulada *Concordancias y Comentarios del Código Penal Chileno.*

III

La Excma. Corte Suprema, en la sentencia 3507, pág. 1463, año de 1878, ha fundado su doctrina en el siguiente raciocinio: "Según las leyes 17, título 4.º, libro 4.º del Fuero Real y 109 del Estilo se establece la presunción de ser autores del hurto ó robo de una especie las personas en cuyo poder se encuentre; que limitando el artículo 454 esta misma presunción á los crímenes y simples delitos y siendo un medio probatorio á que no alcanza la disposición del artículo final del Código, están vigentes ambas disposiciones, debiéndose aplicar la antigua á las faltas." La Corte de La Serena sólo agrega en la sentencia 1316, página 905, año de 1879, que "dichas disposiciones no son contrarias entre sí".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Según Merlin, *Repertorio*, tomo 7.º, "las leyes no derogan siempre las anteriores sobre la misma materia, pues para ello es menester que la nueva declare expresamente que deroga las antiguas ó que sean contrarias, inconciliables entre sí." Tal es la diferencia remarcable entre la derogación expresa y la tácita, pues la primera deroga todas las leyes anteriores, sean conformes ó contrarias, generales ó especiales, sustantivas ó de procedimiento; mientras que la tácita no deroga sino aquéllas que sean contrarias, que pugnen con las disposiciones de la nueva ley, como lo dice el artículo 53 del Código Civil Chileno.

Queremos prescindir por el momento del artículo final del Código y suponer que sólo existe una derogación tácita de las leyes preexistentes que tratasen de la misma materia que dicho Código para manifestar que, aun en esta hipótesis, la ley del Fuero Real y la del Estilo en que se apoya la doctrina contraria estarían derogadas por el artículo 454.

Y en efecto, este artículo trata de la misma materia que las expresadas leyes, de la presunción de ser autores de un hurto ó robo las personas en cuyo poder se encuentre la cosa hurtada ó robada; pero con dos modificaciones contrarias á las disposiciones de dichas leyes é inconciliables entre sí.

En primer lugar, el artículo 454 ha limitado la presunción á los hurtos que exceden de diez pesos, convirtiendo así de culpables en inocentes á las personas en cuyo poder se encuentren cosas hurtadas de un precio inferior; ha borrado del catálogo de los delitos este hecho antes punible por las expresadas leyes. Por consiguiente, el artículo 454 está en abierta contradicción con esas leyes en cuanto, á la inversa de lo que mandaban éstas, no presume que sea autor del hurto la persona en cuyo poder se encuentre una cosa hurtada que valga diez pesos ó menos. En materia penal basta que la nueva ley guarde silencio sobre un hecho antes punible para que deje de serlo y queden derogadas las leyes preexistentes, como ha sucedido con el crimen de bestialidad, que ha desaparecido del catálogo de los crímenes por el simple silencio del Código Penal. "Se suscitó dudas, dice el acta del 10 de abril de 1871, sobre si debía ó no penarse el delito de bestialidad, y el señor Ibáñez manifestó que, en su concepto, convenía no tomarlo en cuenta en el presente Códi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

go» etc. Y por no haberse tomado en cuenta, en virtud de esta indicación que fué aprobada, nadie ha puesto en duda que la simple bestialidad, sin grave escándalo ó trascendencia, no es un delito en nuestro Código y que han quedado derogadas las leyes 1.ª y 2.ª, título 30, libro 12 de la Novísima Recopilación.

El artículo 454 del Código Penal es, además, contrario á las leyes del Fuero Real y del Estilo, en cuanto éstas no permitían desvanecer la presunción de que hablamos con la prueba de la buena conducta anterior del reo, cosa que permite el expresado artículo. Esas leyes no tomaban en cuenta la buena conducta anterior de las personas en cuyo poder se encontraban cosas hurtadas ó robadas; mientras tanto el artículo sólo aplica la presunción á los reos que no pueden desvanecerla con la prueba de su buena conducta anterior, agregando así un nuevo elemento constituyente de la delincuencia, cual es la mala fama del reo, que resulta de no poder probar su buena conducta anterior, elemento que antes no existía. Y de aquí resulta que los tribunales que apliquen á los hurtos cuya cuantía no exceda de diez pesos, las leyes del Fuero Real y del Estilo, tendrán que penar siempre á las personas en cuyo poder se encuentren cosas hurtadas de dicha cuantía, aunque con la prueba de su buena conducta anterior desvanezcan la presunción de ser autores del hurto; y deberán, por el contrario, absolver cuando la cuantía de la cosa hurtada exceda de esa suma y se desvanezca la presunción con la indicada prueba que admite el artículo 454, inconsecuencia tan absurda que por sí sola hace dudar, por lo menos, de la verdad de la doctrina que combatimos.

Hasta ahora hemos discurrido en la hipótesis de que la derogación de las leyes preexistentes al Código Penal hubiese sido tácita, y hemos manifestado que, aun en esta hipótesis, el artículo 454 habría derogado las leyes del Fuero Real y del Estilo que invoca la doctrina contraria; pero la verdad es que la derogación ha sido expresa y en términos tan generales y comprensivos, que no cabe duda alguna, en nuestro concepto, de que las expresadas leyes están derogadas completamente, y menos después de lo expuesto en la hipótesis de que el Código sólo hubiese derogado tácitamente las leyes preexistentes.

El artículo final del Código, en efecto, dice textualmente: "El

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

presente Código comenzará á regir el primero de marzo de mil ochocientos setenta y cinco, y en esa fecha quedarán derogadas las leyes y demás disposiciones preexistentes *sobre todas las materias que en él se tratan.*»

Aunque, según esta disposición, parece evidente que, tratando el artículo 454 de la misma materia que las leyes 17, título 4.º, libro 4.º del Fuero Real y 109 del Estilo, esto es, de la presunción de ser autores del hurto ó robo las personas en cuyo poder se encuentren las cosas hurtadas ó robadas, dichas leyes han quedado derogadas en lo conforme y, con más razón, en lo contrario; sin embargo, vamos á comparar la disposición de nuestro Código con la concordante del artículo 484 del Código Francés á fin de comprender mejor todo su alcance en virtud de las ilustradas interpretaciones que de este artículo han hecho las más altas corporaciones francesas. Dicho artículo está así concebido: «Las Cortes y Tribunales seguirán observando las leyes y reglamentos particulares en todas las materias que no »hayan sido *reglamentadas* por el presente Código.» ¿Qué se entiende por materias no reglamentadas por el Código? preguntan Chaveau y Hélie en su obra titulada *Théorie du Code Penal*, número 4,282. En su dictamen del Consejo de Estado aprobado el 8 de febrero de 1842, contestando se dijo: «El artículo 484, que no encargó á las Cortes y Tribunales continuar »observando las leyes y reglamentos particulares no renovados »por el Código sino en materias que no hayan sido *reglamentadas* por él mismo, da claramente á entender que deben tenerse »por derogadas todas las antiguas leyes y reglamentos que trata»sen sobre materias que el Código ha reglamentado, *aun cuando* »*estas leyes ó reglamentos previesen casos que se relacionan con estas* »*materias y sobre las cuales el Código haya guardado silencio.*» Y el mismo Consejo de Estado, agregan, ha hecho aplicación de esta regla en el caso siguiente: Se trataba de saber si el artículo 484 había derogado la ley del 22 floral, año II, que hacía extensivas las penas del Código Penal de 1791 á cualquiera que usara de violencias ó vías de hecho para impedir la ejecución de actos emanados de la autoridad ó para hacer cesar sus efectos; y el Consejo declaró: «Que por su objeto la citada ley cae »bajo el epígrafe: resistencias, desobediencias y otras faltas con-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"tra la autoridad pública; que si la disposición de esa ley no se "comprende en esta sección que realmente reglamenta toda la "materia que el epígrafe comprende, y si no está reemplazada "por otra correspondiente, es porque el Legislador ha querido "derogarla." La misma regla, agregan los citados autores, ha sido aplicada por la Corte de Casación en favor de un reo á quien el Ministerio público acusaba de amenazas de incendio, invocando leyes anteriores, por cuanto las amenazas no revestían los caracteres determinados por el Código. "Considerando, "dijo esa Corte, que el Código Penal no ordena por su artículo 484 "la ejecución de las leyes y reglamentos anteriores, sino en todo "lo que no esté reglamentado por él; y que cuanto concierne á "las amenazas de atentados contra las personas y al incendio de "propiedades está reglamentado por los artículos 305, 306, 308 "y 436 del Código, por consiguiente las amenazas no pueden "penarse si no tienen los elementos determinados por él."

Pues bien, si, según opiniones tan respetables, el mero silencio del Legislador francés ha derogado las leyes y reglamentos preexistentes sobre materias reglamentadas por él; y si el nuestro no impone siquiera esta condición sino que simplemente deroga las leyes y disposiciones preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan; y si nuestro Código, al contrario del Francés, no ha tenido para qué dejar vigentes antiguas leyes y disposiciones que obedecían á otros principios, nos parece indudable que tratando el artículo 454 de la misma materia que las leyes del Fuero Real y del Estilo, éstas han quedado derogadas por completo. ¿Con qué fin el Legislador había dejado en vigor esas leyes respecto á los hurtos que valen menos de diez pesos y las había derogado en cuanto á los otros? Se observa sin embargo que la disposición del artículo final del Código no ha derogado las leyes del Fuero Real y del Estilo por cuanto la presunción que ellas establecen es un medio probatorio al que no alcanza dicha disposición, pero no se ha dado ni puede darse razón alguna en apoyo de esta opinión; pues no existe principio ni precepto alguno que induzcan siquiera á creer que un Código de leyes sustantivas como el Penal no deroga las leyes de procedimiento de que trata, á pesar de que expresamente deroga las leyes y disposiciones preexistentes sobre todas

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

las materias que en él se traten. Y como nosotros debió de pensar el sabio autor de nuestro Código Civil, que para no derogar con la disposición del inciso 1.° del artículo final las leyes preexistentes sobre la prueba de las obligaciones, materia de que trata ese Código, tuvo que decir en el inciso 2.° que estas leyes sólo quedaban derogadas en lo que sean contrarias á sus disposiciones. Nadie ha puesto en duda por otra parte, que el Código Penal ha derogado varias leyes de las Partidas que trataban de las personas que podían acusar ciertos delitos, el rapto de fuerza, la violación, el estupro, el incesto, el parto supuesto y el adulterio, materias propias del procedimiento y que el Código ha reformado, como lo hemos hecho notar en nuestra obra antes citada.

En cuanto á que la disposición del artículo 454 del Código Penal y la de las leyes del Fuero Real y del Estilo no son contrarias entre sí, ya hemos manifestado que esta circunstancia sólo puede invocarse en caso de una derogación tácita y no de un mandato expreso que deroga las leyes y disposiciones preexistentes sobre todas las materias que en el Código se traten, sin distinción alguna, y además hemos manifestado que esas disposiciones son, en realidad de verdad, contrarias entre sí. Y sobre este punto conviene hacer notar que si no se consideran contrarias entre sí dichas disposiciones y por esta causa se aplican las antiguas leyes á las personas en cuyo poder se encuentre una cosa hurtada de un valor que no exceda de diez pesos, por la misma razón deberían considerarse que no son contrarias las disposiciones del artículo 449 del Código Penal, con las del artículo 1.°, número 4.°, y del 10 de la ley del 7 de agosto de 1849, en cuanto á los hurtos de animales y cosas sagradas que valen diez pesos ó menos, á los cuales no es aplicable el citado artículo 449, pero sí los expresados de la ley de 1849. Y, en efecto, ¿cuál es la diferencia principal entre las leyes del Fuero Real y del Estilo y el artículo 454 del Código Penal? Que este artículo no aplica, al contrario de esas leyes, la presunción de ser autor del hurto la persona en cuyo poder se encuentre la cosa hurtada, cuando ésta no vale más de diez pesos. Y ¿cuál es la diferencia entre los artículos citados de la ley de 7 de agosto de 1849 y el 449 del Código Penal? ¿Que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

éste no aplica sus penas especiales y más graves que las comunes á los hurtos de animales ó de cosas sagradas que no valen más de diez pesos? Por consiguiente, si al artículo 454 no se le considera contrario á las leyes del Fuero Real y del Estilo en cuanto no aplica la indicada presunción á las cosas expresadas, y por esta razón consideran vigentes en esta parte las expresadas leyes, lógicamente no debían considerar contrarios los dos artículos de la ley de 1849 con el 449 del Código en cuanto aquéllas comprenden los hurtos de animales ó cosas sagradas que valen diez pesos ó menos, que no están comprendidos en el 449, y deberían, en consecuencia, aplicar las primeras á esta clase de hurtos. No se procede así, sin embargo, y esto manifiesta, ó que hay error en aplicar á los hurtos-faltas la presunción de las leyes del Fuero Real ó del Estilo, ó que lo hay en no aplicar los artículos 1.º, número 4.º, y 10 de la ley de 1849, á los hurtos de animales ó cosas sagradas que no valen más de diez pesos. Lo cierto es lo primero.

Para concluir, echemos una rápida ojeada á la jurisprudencia actual de nuestros tribunales sobre la materia de que tratamos.

Ya hemos dicho que hasta el año de 1879 los tribunales unánimemente aplicaban la presunción de las leyes 17, título 4.º, libro 4.º del Fuero Real, y 109 del Estilo, á los hurtos de cosas que no valían más de diez pesos; pero al presente podemos decir con satisfacción que prevalece nuestra doctrina en las Cortes de Concepción y de Tacna, y que en la misma Excelentísima Corte Suprema se absolvió á un reo en empate y con los votos de los señores Lastarria y Rojas. (Sentencias 3010, pág. 1682, año de 1883; 680, pág. 445, año de 1884, y del 26 de marzo de 1888, que aun no se ha publicado en la *Gaceta de los Tribunales.)*

A. FUENZALIDA

Tacna, 10 de abril de 1888.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

COMENTARIO DEL TÍTULO PRELIMINAR Y DEL Título Primero del Libro Primero del Código de Comercio.

(Continuación)

ARTÍCULO 11

PUEDE ASIMISMO COMERCIAR LA MUJER CASADA MAYOR DE VEINTICINCO AÑOS, CON PREVIA AUTORIZACIÓN DEL MARIDO OTORGADA EN ESCRITURA PÚBLICA.

SIN EMBARGO, SI LA MUJER CASADA MAYOR DE EDAD EJERCE PÚBLICAMENTE EL COMERCIO, SE PRESUME LA AUTORIZACIÓN DEL MARIDO PARA TODOS LOS ACTOS RELATIVOS Á ESA PROFESIÓN, AUN CUANDO NO SE HAYA OTORGADO ESCRITURA PÚBLICA, MIENTRAS NO INTERVENGA RECLAMACIÓN Ó PROTESTA DE SU MARIDO, NOTIFICADA DE ANTEMANO AL PÚBLICO, Ó ESPECIALMENTE AL QUE CONTRATARE CON LA MUJER.

Después de establecer la capacidad mercantil de los hijos de familia y de los menores habilitados y no habilitados de edad, de uno y otro sexo (estas palabras, en su sentido general, se aplican á individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, según el precepto del inciso 1.º del artículo 25 del Código Civil), fija el Legislador la de otras personas relativamente incapaces, la de las mujeres casadas.

El principio general que rige en esta materia, es que la mujer casada no puede ser comerciante, principio que es una consecuencia de su falta de capacidad para obligarse. "La mujer no puede, sin autorización del marido, celebrar contrato alguno, ni desistir de un contrato anterior, ni remitir una deuda, ni aceptar ó repudiar una

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

donación, herencia ó legado, ni adquirir á título alguno oneroso ó lucrativo, ni enajenar, hipotecar ó empeñar.» (Art. 137 del Código Civil.)

Como se ve, la incapacidad de la mujer casada que procede del hecho de estar sometida por la ley á la potestad del marido, es general; pero junto con establecerla, determinó la ley el modo de hacerla desaparecer. Autorizada la mujer por su marido, puede ejecutar válidamente todos los actos cuya ejecución le está prohibida por el referido principio. Esta doctrina del Derecho Civil ha sido adoptada por el Código de Comercio, el cual dispone en el artículo que examinamos que pueda comerciar la mujer casada mayor de veinticinco años con autorización previa de su marido.

Esta autorización puede ser de dos clases, expresa y tácita; es expresa, cuando se otorga en escritura pública; es tácita, cuando la mujer ejerce públicamente el comercio sin protesta ni reclamación del marido.

Es incuestionable que si la autorización expresa fuere otorgada en una escritura privada, carecería de valor. La disposición del artículo es explícita acerca de este punto. La ley civil solo exige que dicha autorización sea concedida por escrito, ó interviniendo el marido, expresa y directamente, en el acto (art. 138 del Código Civil). Nos parece preferible este precepto. Prescindiendo del gasto que impone la extensión de la escritura pública, será muchas veces engorroso tener que acudir á una oficina pública para otorgar autorizaciones relativas á actos accidentales y aislados, en los cuales serán siempre necesarias. Cuando se trate de la profesión de comerciante, haciendo presumir su ejercicio público la existencia de la autorización, la mujer podrá contratar válidamente sin necesidad de requisito alguno, bastando para ello que no intervenga reclamación ó protesta de su marido.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El Código de Comercio no se ha puesto en el caso de que la autorización sea otorgada interviniendo el marido, expresa y directamente en el acto. Á nuestro juicio, no significa este silencio que, en tal caso, carezca el acto de una formalidad legal indispensable para su validez. El artículo que analizamos regla especialmente la condición jurídica de la mujer casada comerciante; el acto aislado será regido por el precepto de la ley civil, conforme á la disposición del artículo 2.

Se presume la autorización del marido cuando la mujer ejerce públicamente el comercio. De la voluntad del marido depende el desvanecer dicha presunción: basta que haga saber al público que no autoriza á su mujer para que ejerza la profesión de comerciante. No determinada por la ley la forma de la publicación; quedará, en consecuencia, al arbitrio del marido hacer la que considere más eficaz, y será la más eficaz la que se verifique por medio de periódicos ó circulares.

La ley civil presume la autorización del marido en tres casos: en la compra de cosas muebles que la mujer haga al contado, en la compra al fiado de objetos naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia, y en el ejercicio público de una profesión ó industria cualquiera (como la de directora de colegio, maestra de escuela, actriz, obstetriz, posadera, nodriza.) (Arts. 147 y 150 del Código Civil). El Código de Comercio ha aceptado esta última presunción, refiriéndola a todos los actos ó contratos concernientes á la profesión ó industria de la mujer, del mismo modo que la ley civil, mientras no intervenga reclamación ó protesta del marido, notificada de antemano al público, ó especialmente al que contratare con la mujer.

Si la autorización expresa del marido se encuentra restringida de cualquier modo, deberá entenderse que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la mujer no puede obrar válidamente fuera de los límites indicados en dicha autorización. Así, si el marido faculta sólo á la mujer para que celebre una sociedad colectiva con personas y para objetos determinados, la mujer no podrá hacer otra cosa que contratar esta sociedad. Asimismo, en el caso de que la autorización se refiera á la explotación de un negocio determinado, como el de una tienda de modas, de un café, etc.: la mujer deberá dedicarse á este solo giro, conformándose estrictamente á la voluntad de su marido.

Debe observarse que, para que estas limitaciones fuesen obligatorias respecto de terceros, debería ser de rigor que el marido las pusiera en conocimiento del público, porque del hecho de que la mujer ejerza públicamente el comercio, sin tenerse noticia de restricción alguna que limite su capacidad mercantil, puede, y no sin razón, colegirse que está facultada para todas las operaciones que ejecute, excepto aquellas que requieren una autorización especial, como, por ejemplo, la contratación de una sociedad colectiva. Las demás deberían ser válidas en virtud del consentimiento presunto.

La ley no exige, empero, para la autorización expresa, otro requisito que el otorgamiento de una escritura pública, creyendo, sin duda, que provee á la suficiente publicidad de la autorización el hecho de incluirse dicha escritura en el respectivo registro. Sin embargo, como este hecho de ordinario será conocido por pocos comerciantes, si lo es por algunos, se nos hace forzoso llegar á la consecuencia de que, aparte del inconveniente que ya señalamos, la escritura pública está muy distante de consultar las necesarias condiciones de publicidad, las cuales constituyen la garantía más eficaz de la buena fe en las contrataciones mercantiles.

La ley presume la autorización marital cuando la mu-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

jer ejerce públicamente el comercio, porque de la circunstancia de no oponerse el marido al ejercicio de la profesión, es lógico inferir que lo consiente. Pero esto mismo manifiesta que, para el efecto de que tratamos, el ejercicio de la profesión mercantil de la mujer debe ser conocido por el marido, el cual no podría, de otro modo, reclamar ó protestar contra la ejecución de los actos comerciales de aquélla, notificando la reclamación ó protesta en general al público ó especialmente al que contratare con la mujer. En consecuencia, para que la presunción del consentimiento del marido produzca sus efectos legales, es menester, no sólo el ejercicio público de la profesión, sino también que este ejercicio haya llegado á noticia del marido ó se presuma conocido por él.

Como, por otra parte, aquí se trata de una *presunción simplemente legal*, será permitido probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes ó circunstancias de que lo infiere la ley. (Art. 47 del Código Civil.) Dado el ejercicio público de la profesión, la prueba del hecho negativo corresponderá al marido, y su apreciación á los tribunales, cuyo juicio podrá formarse teniendo presente si el marido y la mujer residen en el mismo lugar ó en lugares próximos y de fácil comunicación; ó si, residiendo en parajes apartados, mantienen ó nó relaciones; ó si el giro de la mujer ha sido publicado por periódicos ó circulares, ó de otro modo igualmente eficaz, etc. Estas circunstancias ú otras análogas suministrarán ordinariamente la luz necesaria para juzgar con acierto si ha existido ó nó el consentimiento del marido, el cual debe considerarse como la consecuencia de la noticia que éste haya tenido de la profesión mercantil de la mujer. Conocida la profesión por el marido, la ley establece que la mujer ha sido autorizada para ejercerla; no conocida, desaparece la base

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de la presunción. Y la ley presume que el marido conoce la profesión mercantil de la mujer siempre que esta la ejerza públicamente.

De los dos arbitrios que la ley pone á la disposición del marido para hacer desaparecer la presunción legal y las obligaciones que son su consecuencia, la reclamación ó protesta dirigida en general al público y que podrá hacerse por medio de avisos en periódicos ó circulares, ya que no se determina la forma en que debe efectuarse, es sin duda la más conveniente, como que consulta la más amplia publicidad de las susodichas reclamación ó protesta. En la multiplicidad de operaciones que puede originar un giro mercantil, no siempre será fácil al marido saber con qué persona va á contratar su mujer. Cuando se proponga impedir una convención determinada, hará notificar su oposición al otro contratante, lo que producirá un efecto limitado, pero más eficaz. En cuanto al modo de proceder para efectuar la notificación, puede elegir el que considere más conveniente; la ley no le fija norma alguna á este respecto.

Al tratar de la autorización necesaria á la mujer casada mayor de veinticinco años para ser comerciante, la ley ha guardado silencio acerca del caso en que el marido sea menor de veintiún años. ¿Bastarán en él para que la mujer pueda ejercer el comercio la escritura pública ó el consentimiento presunto? Esta situación ha sido especialmente prevista por el artículo 12, respecto del caso en que la mujer casada sea mayor de veintiún años y menor de veinticinco, caso acerca del cual dicho artículo preceptúa que la autorización del marido menor de veintiuno debe ser aprobada por la justicia, sin estatuir cosa alguna en orden á la presunción que nace, según el artículo 11, del ejercicio público del comercio.

Ahora bien, en el caso de que la mujer sea menor de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

veintiún años, ¿deberá pensarse que incide la necesidad de que la autorización del marido sea aprobada por el juez, ó regirán, por el contrario, las reglas generales respecto de dicha autorización?

Sin esfuerzo se concibe que la mayor edad de la mujer no es un elemento que haya podido tenerse presente para reputar inútil la intervención de la justicia, porque es del todo inconexo con la razón determinante de esta formalidad, la cual ha sido establecida para suplir lo que pueda tener de defectuoso el consentimiento de una persona menor de veintiún años. La razón legal existe independientemente de la edad de la mujer. Mientras tanto, entre los dos casos que acaban de mencionarse no existe otra diferencia que la que resulta de dicha edad. Habría sido lógico que en ambos se sancionara la misma regla. El Legislador, sin embargo, no los ha equiparado; respecto del uno exigió la intervención de la justicia, no así respecto del otro.

¿Será lícito aplicar por analogía al caso de la mujer mayor de edad la regla establecida por el Código para el caso de la mujer menor? Juzgamos que nó, pues no habiendo sido previsto especialmente el primero de dichos casos, él cae de lleno bajo los términos generales de las disposiciones de este artículo. Fuera de que, como ya lo hemos visto, la aplicación de la ley mercantil por analogía ha sido expresamente rechazada por nuestro Legislador. Concluímos, por consiguiente, que es válida la autorización para comerciar que da á su mujer mayor, por medio de una escritura pública, el marido menor de veintiún años, y que si aquélla ejerce públicamente el comercio debe presumirse la autorización de éste para ejercerlo.

Y la interpretación que patrocinamos parece preferible á la interpretación opuesta, aún bajo el punto de vista de las doctrinas que ámbas tienden á establecer.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Prescindiendo de las dificultades con que de ordinario tropezarán los jueces al apreciar las ventajas ó peligros de especulaciones que salen de la órbita regular de su ministerio, debe tenerse presente que la ley civil no somete á curaduría al varón casado menor de veintiún años sino con respecto á la administración de la sociedad conyugal.

Concedida la autorización para ejecutar operaciones de comercio, es excusado decir que no cubrirá obligaciones procedentes de actos de otra especie. Pero será sin duda extensiva á todos los actos que se relacionan directamente con el giro autorizado por el marido, ó que sean antecedentes ó consecuencias necesarias de él. Así, facultada la mujer para establecer, por ejemplo, una tienda de modas, tendrá derecho para celebrar el contrato de arrendamiento del local en que debe efectuar sus operaciones, aunque este contrato sea un acto civil.

La ley no ordena que la escritura pública de autorización sea registrada en el Conservador de Comercio; por lo tanto la omisión de esta formalidad no producirá responsabilidad alguna. Tampoco exige que sea publicada, trámite que habría debido estimarse indispensable, por que es el que interesa directamente al comercio. Como luego se verá, la revocación de la autorización debe ser registrada y publicada, so pena de responder el marido á los terceros de buena fe de las obligaciones que la mujer contrajere después de la revocación.

ARTÍCULO 12

La mujer casada mayor de veintiún años y menor de veinticinco puede igualmente comerciar, llenando estos requisitos:

1.º Que el marido mayor de edad le otorgue la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AUTORIZACIÓN COMPETENTE. SI EL MARIDO FUESE MENOR DE VEINTIÚN AÑOS, LA AUTORIZACIÓN DEBERÁ SER APROBADA POR LA JUSTICIA ORDINARIA;

2.º QUE EL DECRETO APROBATORIO SEA REGISTRADO Y PUBLICADO EN LA FORMA PRESCRITA POR LA LEY.

Puede ser también comerciante, con la autorización de su marido, la mujer casada mayor de veintiún años y menor de veinticinco.

Al reconocer que las mujeres casadas pueden comerciar desde la edad de veintiún años, la ley ha sido lógica, adoptando respecto de ellas, la misma regla que respecto de los menores habilitados de edad. Es oportuno reproducir aquí, reforzada con un nuevo argumento, la observación hecha en el examen del artículo 9, respecto del mínimum de edad que se ha creído conveniente señalar en ciertos casos para la iniciación de las operaciones mercantiles. De ordinario el desarrollo físico é intelectual de la mujer se verifica más temprano que el del varón, como lo reconoce implícitamente la misma ley al establecer que la primera entra en la pubertad a los doce años y el segundo á los catorce. (Art. 26 del Código Civil.) Si el mínimum de edad fijado para los menores de uno y otro sexo que han obtenido el privilegio de la habilitación de edad nos ha parecido restrictivo aun en lo que toca á los varones, es obvio que con mayor razón habremos de objetar el referido mínimum cuando se trata de la capacidad de las mujeres. El Código ha igualado en esta materia la condición de los dos sexos (arts. 9, 10, 338 y 342), fundado sin duda en que el desarrollo más precoz del uno será compensado con el mayor grado de experiencia que es capaz de adquirir el otro en la dirección de negocios para cuyo manejo es por lo común más adecuado por su naturaleza y su carácter.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Antes de la edad de veintiún años, la mujer casada no puede ser comerciante. Los artículos 11 y 12, que tratan de su capacidad para comerciar en el estado normal del matrimonio, no reglan otra situación jurídica que la de la mujer casada mayor de edad y de la mayor de veintiún años. Mientras tanto, en estado de soltería puede ejecutar actos de comercio desde que adquiera un peculio profesional en la administración de dicho peculio, y desde los diecisiete años dirigir una especulación ajena en calidad de factor ó gerente: inconsecuencias de la ley, que carecen de toda explicación racional.

Para que la mujer casada mayor de veintiún años y menor de veinticinco pueda dedicarse al comercio, es requisito indispensable que el marido le otorgue la autorización competente. Mas ¿qué deberá entenderse aquí por *competente autorización?* Pensamos que la ley se ha referido, tanto á la expresa conferida por medio de escritura pública, cuanto á la presunta emanada del hecho de comerciar la mujer públicamente con conocimiento de su marido. Tan competente y legal es la una de estas autorizaciones como la otra. Al no distinguir entre ellas, el artículo ha debido referirse á ambas. Por lo demás, acaso se habrá considerado que, tratándose de la autorización de un marido mayor de veinticinco años, poca ó ninguna influencia debe reconocerse en la validez del acto á la menor edad de la mujer.

Cuando el marido es menor de veintiún años, la autorización deberá ser aprobada por la justicia ordinaria, encargada de suplir los defectos de que pueda adolecer el consentimiento de una persona en quien no reconoce la ley la plenitud común del juicio. Es evidente que si, al pronunciarse sobre la autorización, el magistrado observa que no consulta el interés de la mujer, ó el del marido, ó el de la sociedad conyugal, estará en sus facul-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tades el denegarla. La facultad de aprobar implica la de reprobar, sin la cual constituiría aquella un trámite inútil, y no se llenaría el fin de la ley.

La autorización del marido menor de veintiún años debe ser aprobada por *la justicia ordinaria*. ¿Á qué juzgados se ha referido la ley? ¿á los civiles ó á los de comercio?

El artículo 1341, que prescribe que, no resultando en la calificación de la quiebra mérito para declararla fortuíta, deberá remitirse el expediente á la *justicia ordinaria* para que proceda con arreglo á derecho, es evidente que se refiere á los juzgados del crimen. Empero, igualmente obvio nos parece que, al referirse la disposición que nos ocupa á la *justicia ordinaria*, no ha podido, en manera alguna, referirse á los susodichos juzgados, cuyas funciones son absolutamente extrañas á la autorización que aquélla prescribe.

La duda puede nacer en la apreciación de la competencia de los juzgados civiles y los de comercio, especialmente por la circunstancia de que el Código, al referirse á los últimos, los menciona de ordinario expresamente, llamándolos *juzgados de comercio*. Con todo, no creemos que este hecho constituya una razón suficiente para sostener que en el caso en examen se haya propuesto el Legislador encomendar á los juzgados civiles la facultad de expedir la autorización que se otorgue á la mujer casada para el ejercicio del comercio. Desde luego, no se descubre la consideración de conveniencia ó de método que aconsejara sustraer del conocimiento de los funcionarios encargados de administrar la justicia mercantil estos asuntos de jurisdicción voluntaria que, por su propia naturaleza, caen bajo la órbita de su jurisdicción. Si se ha de buscar el acierto en el ejercicio de dicha facultad, y no puede ser otro el fin de la ley, debe

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

reconocerse que esta condición primordial no habría sido consultada encomendando á los juzgados civiles una operación de todo punto extraña á la naturaleza de los objetos sobre que ha de recaer el ejercicio de sus funciones. Por otro lado, al hablarse de *justicia ordinaria*, no se ha excluído á los juzgados de comercio. Así como la justicia ordinaria es administrada en parte por los juzgados del crimen, como lo prueba el artículo antes citado, del mismo modo corresponde también en parte á los juzgados de comercio, atendida la organización de nuestros tribunales. Legalmente desempeñan funciones de justicia ordinaria los juzgados civiles, de comercio y del crimen cada uno en la esfera especial que le ha sido asignada. Serán, por consiguiente, los de comercio los llamados á pronunciarse sobre la autorización que este artículo reglamenta.

El decreto aprobatorio debe ser registrado y publicado en *la forma prescrita por la ley*. Para el registro la ley ha establecido el Conservador de Comercio, en el cual deberán inscribirse todos los documentos que, según el Código, están sujetos á inscripción. (Art. 20 del Código y 7 del Reglamento del Registro de Comercio.) Respecto de la publicación, la ley ha guardado silencio; podrá, pues, proveerse á ella en la forma que se estime más conveniente. Por nuestra parte, juzgamos que la forma más eficaz de publicación es la que se hace por medio de los periódicos. El Proyecto prescribía la publicación en el atrio de la sala de audiencia de los juzgados de comercio, lo que no era suficiente para hacer llegar la autorización al conocimiento del público.

Si la mujer casada mayor de edad puede ser comerciante con la autorización presunta de su marido, la mujer casada mayor de veintiún años y menor de veinticinco necesita siempre para el ejercicio de la profesión la au-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

torización expresa de su marido menor de veintiún años. En efecto, en este caso, la autorización tiene que ser aprobada por la justicia, y no sería posible que dicha aprobación recayera sobre un consentimiento presunto. Es evidente que el juez podrá sólo pronunciarse sobre una solicitud del marido, solicitud que no existe ni puede existir cuando la profesión mercantil tiene por fundamento el hecho de no reclamar ó protestar el marido contra los actos comerciales de su mujer.

Apreciando conjuntamente las disposiciones de los artículos 11 y 12, puede sostenerse que no era necesario tomar en cuenta la edad del marido ni la de la mujer para establecer reglas diversas relativamente á la autorización del primero, indispensable al ejercicio del comercio por parte de la segunda. Á los veintiún años, obteniendo habilitación de edad, la mujer soltera es apta para ser comerciante; antes de esa edad y sin requisito alguno, puede ejecutar los actos de comercio que quiera, si posee un peculio profesional ó industrial y lo emplea en operaciones mercantiles. Casada, debía reconocérsele igual aptitud, cualquiera que fuese su edad, una vez otorgada la autorización del marido.

Desde que dos personas forman una familia independiente por medio del matrimonio, lo que sucede de ordinario, á lo menos á los dieciocho años en el varón y á los dieciséis en la mujer (legalmente puede celebrarse el matrimonio al llegar á la pubertad), nada obstaba, á nuestro juicio, á que el marido fuese reputado siempre hábil para prestar por sí sólo un consentimiento que autorizara á la mujer para la profesión del comercio, y ésta siempre capaz de ejercerla. Ya se han señalado las objeciones que sugiere la intervención de la justicia en esta clase de negocios; es preciso reconocer que dicha intervención sólo puede constituir una garantía nominal, como

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

lo es la inscripción de la escritura pública en el registro de comercio. Garantía mucho más importante es la publicación de la autorización, la cual debería efectuarse en todo caso, no pudiendo ser suplida sino por la notoriedad de la profesión cuando su ejercicio tiene por origen un consentimiento presunto.

Por estas consideraciones, una sola regla sobre la profesión comercial de la mujer casada habría sido, á nuestro modo de ver, preferible á las que contienen los artículos 11 y 12; una sola regla concebida en estos términos: La mujer casada puede ser comerciante con la autorización expresa ó tácita de su marido, entendiéndose que existe esta última autorización cuando la mujer ejerce públicamente la profesión del comercio y el marido no deduce reclamación en contrario. La autorización expresa deberá ser siempre publicada.

Presuponiendo el matrimonio un desarrollo intelectual suficiente para conocer la importancia de los áctos de comercio y las responsabilidades que pueden traer consigo, no habría debido reconocerse la necesidad de prefijar la edad mínima en que pudiera el marido conceder su autorización y la mujer valerse de ella, sin hacer caudal de los casos raros y excepcionales en que el matrimonio se contraiga poco después de llegar á la pubertad, casos cuya ocurrencia se deberá de ordinario á un desarrollo precoz. Imponiendo serios deberes el estado del matrimonio, exige en los que lo adoptan la posesión de facultades no inferiores por cierto á las que puede requerir la profesión del comercio.

Las formalidades establecidas por la ley civil para la celebración del matrimonio por los menores de veinticinco años son una prueba de que la regla indicada no ofrecería inconvenientes en su aplicación. La concesión del necesario consentimiento de otra persona, ó de la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

justicia en subsidio, para que pueda llevarse á efecto la celebración del matrimonio, manifiesta que los referidos menores son aptos para manejarse por sí mismos, y que debe, en consecuencia reconocérseles la capacidad necesaria para ejecutar actos de comercio.

Ni se crea que la doctrina que sobre esta materia sustentamos constituya una novedad en la legislación mercantil. Es cierto que todos los códigos de comercio que, como el nuestro, se han inspirado principalmente en la legislación francesa, contienen disposiciones más ó menos parecidas á las que hemos enumerado. Posible era, empero, consultar principios más conformes á la libertad y conveniencia del comercio. El Código de Comercio Alemán ha realizado este progreso, sancionando preceptos que, en la parte conducente, dicen así:

"Art. 7.º La mujer no puede ser mercadera pública sin el consentimiento de su marido. El marido consiente cuando la mujer ejerce el comercio á su vista y paciencia, sin oposición de su parte.

"Art. 8.º La mujer mercadera pública puede, sin la autorización de su marido, obligarse válidamente en lo que concierne á su comercio."

Como se ve, en estas disposiciones no se consignan limitaciones en la edad del marido ni en la de la mujer, ni se exige la intervención de la justicia en asuntos extraños á su competencia: sólo se requiere, ó una autorización expresa, ó el ejercicio público del comercio por parte de la mujer, estableciéndose que en este segundo caso existe un consentimiento presunto. Sin más formalidad, puede la mujer obligarse válidamente en todo lo concierne á su comercio.

José Alfonso

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

PAGO DE ALCABALA

¿SE DEBE CONTRIBUCIÓN DE ALCABALA CUANDO SE ADJUDICA Ó SE REMATA UN BIEN INMUEBLE POR LOS HEREDEROS INTERESADOS EN UNA SUCESIÓN? ¿SE DEBERÁ EN EL CASO DE LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD, CUANDO Á UN SOCIO SE LE ENTERA SU CUOTA CON UN BIEN RAÍZ SOCIAL?

I

Por insignificantes que nos parezcan las cuestiones que puedan nacer por causa de la contribución denominada de *alcabala*, ellas se presentan á cada paso y á veces entorpecen algunos negocios, sobre todo, cuando los notarios tienen dudas respecto á si ella se debe ó nó, y se resisten á otorgar la escritura correspondiente.

Ante todo, es preciso conocer lo que se entiende por contribución de alcabala, y principiaremos por definirla diciendo que *es un pago determinado por la ley que se hace al Fisco en los contratos en que se transfiere el dominio de bienes raíces, de minas, buques, ó por imposición de capitales á censo.*

Esta contribución la debe siempre el vendedor, conforme al precepto del artículo 1825 del Código Civil; pero esto no obsta á que, entre comprador y vendedor, se pueda celebrar estipulacion en contrario, ya sea para que la cubra el comprador, ó, por mitad entre éste y el vendedor. Al Fisco le basta que se pague en los contratos en que ella es procedente, cualquiera que sea el que la pague.

La contribución de alcabala es antigua, de las primeras que se hicieron sentir en el país. Tiene su origen en la legislación que implantaron en Chile los conquistadores.

Declarada nuestra independencia de la metrópoli y establecidos los gobiernos nacionales, no se creyó justo desterrarla y, por el contrario, la ley de 17 de marzo de 1835, sin derogar las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

leyes que trataban de ella, vino á reglamentarla más en forma.

Posteriormente al año de 1835, se han dictado algunos decretos para su percepción; pero la legislación patria no ha alterado notablemente lo que ya estaba sancionado en la legislación española y, en los casos que ocurren en la práctica, nuestros tribunales de justicia fallan consultando unas y otras disposiciones, según los casos.

II

No tratamos aquí de analizar todos los casos en que deba pagarse alcabala, porque ellos son bien conocidos de los notarios y no habrá dudas á este respecto.

Buscamos sólo cuestiones especiales y con este antecedente es ya tiempo de preguntarnos: en la adjudicación que se hace entre herederos de un bien inmueble hereditario, ó bien si ese inmueble se adquiere en remate por un heredero, ¿se deberá ó nó pagar alcabala? Esta cuestión que es frecuente en la práctica, ha ofrecido dificultades, ó si se acepta el principio de la no existencia de alcabala, pocos se toman el trabajo de averiguar qué disposicion legal es la que autoriza este procedimiento.

Un fallo nos resolverá por completo esta duda.

Don Teófilo Cerda siguió juicio á este respecto, y la sentencia número 1198 de la *Gaceta de los Tribunales*, página 705, del año de 1887, dice así:

"Considerando que si bien en las particiones de los bienes de la finada doña Juana Eyzaguirre y don Juan Francisco de la Cerda se distribuyó entre sus herederos la hacienda de *El Convento*, esta distribución fué sólo nominal, indicándose en ella las partes que correspondían á dichos herederos sobre el precio de tasación del fundo, sin formarse hijuelas determinadas de terreno, y que dada esta forma de adjudicación, ella no ha podido producir la transferencia del dominio entre los distintos adjudicatarios, debiendo considerarse, por el contrario, que la comunidad producida por la apertura de las sucesiones ha subsistido hasta la fecha en que se verificó el remate.

"Con arreglo á las leyes 20, título 12, libro 10 de la Novísima Recopilación, y 22, título 13, libro 8.° de la Recopilación de Indias, se declara que no se debe impuesto de alcabala por la enajenación en subasta pública del fundo *El Convento*.—BOIZARD."

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Consultada la Corte Suprema, dijo con relación á este fallo:

"Vistos. Considerando:

"Que en la partición de los bienes que quedaron por fallecimiento de la señora doña Juana Eyzaguirre de Cerda y división de la sociedad conyugal de ésta con su marido don José F. de la Cerda, se adjudicó á éste en común con nueve de sus diez hijos, el fundo denominado *El Convento* y después de la muerte del padre don José Francisco de la Cerda, se adjudicó la porción de éste en el mencionado fundo á sus diez hijos en común, quedando constituída entre ellos una comunidad singular de bienes sobre el fundo expresado;

"Que para dividir la comunidad lo pusieron en remate público y siete de los comuneros lo tomaron en adjudicación;

"Que según lo dispuesto en la ley de 17 de marzo de 1835, sólo debe pagarse la contribución de alcabala en los contratos cuando el bien raíz transfiere de dominio;

"Que en las adjudicaciones de una cosa común á alguno de los comuneros no hay transferencia de dominio, pues que la ley presume que el adjudicatario ha poseído exclusivamente la cosa adjudicada, sin participación con los demás comuneros, durante la indivisión, según el artículo 718 del Código Civil;

"Que la división de las cosas comunes y las obligaciones y derechos que de ellas resultan, se sujetan á las mismas reglas que la partición de la herencia, como lo dispone el artículo 2313 del mismo Código;

"Que el principio establecido respecto de las cosas comunes se halla establecido igualmente respecto de los bienes hereditarios, pues según el artículo 1344 del Código, cada asignatario se reputa haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido, sin haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión; de donde resulta que, así el comunero como el asignatario, no hacen más que concentrar en los bienes que les caben en particular los derechos cuotativos que tenían sobre los bienes indivisos;

Que habiéndose formado la comunidad de la familia Cerda por el hecho mismo de la adjudicación en común del fundo *El Convento*, y habiendo adquirido éste, no por un título translaticio de dominio, sino á título de sucesión por causa de muerte, no puede aplicarse al caso actual la disposición de la ley de marzo de 1835, se aprueba la sentencia consultada, etc.—Covarrubias.—Cousiño.—Ábalos.—Ballesteros."

Este fallo que aclara notablemente al de primera instancia,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

deja resuelta la primera cuestión que hemos indicado antes y que establece que en las adjudicaciones ó remates de bienes de una comunidad, el heredero que adquiere no paga la contribución de alcabala.

III

La segunda cuestión propuesta está resuelta en la sentencia número 1159, página 689 de la *Gaceta* de 13 de junio de 1887.

Rose Innes y C.ª compraron, por escritura pública, en unión con don Manuel Zamora, un sitio y edificios ubicados en Santiago, en la calle Ahumada, de propiedad de doña Carmen Vásquez de Santiago Concha, en la suma de noventa mil pesos.

Más tarde don Manuel Zamora, como gerente de la sociedad Zamora y C.ª, adquirió la medianería de una pared que dividía esta propiedad de la de los señores Domingo y Pedro Fernández.

Por escritura de 7 de diciembre de 1881 se estableció que Zamora tendría una tercera parte en esa propiedad y Rose Innes las dos terceras partes restantes.

Conviniéndoles hacer cesar la comunidad, reuniendo en su poder la cuota de Zamora y C.ª y de don Manuel Zamora, el escribano exigió contribución de alcabala y los contratantes creyeron que no la debían.

El juez dijo:

"Considerando:

"Que según consta de las escrituras públicas acompañadas, don Manuel Zamora por sí y como representante de Zamora y C.ª posee en dominio la tercera parte de los edificios y sitio á que se hace mérito en esas escrituras;

"Que el derecho de alcabala deberá pagarse cada vez que transfieran dominio, entre otros, los bienes raíces, sin otras excepciones que las establecidas por las leyes y en los casos que ellas determinen;

"Que cualquiera que sea la denominación que se dé al contrato, á virtud del cual don Manuel Zamora, por sí y á nombre de la sociedad Zamora y C.ª, vá á trasmitir á Rose Innes y C.ª la tercera parte á que tienen derecho en la propiedad raíz de que se trata, sea que se llame cesión ó adjudicamiento entre socios de una cosa en común, el hecho

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

es que se verificará una verdadera transmisión del dominio de un bien raíz;

"Que aunque la sociedad y la comunidad están sujetas por la ley á las mismas reglas que la partición de bienes entre los herederos, es evidente que en lo relativo á la liquidación únicamente, pero nó á la exención de la contribución de alcabala que ninguna ley autoriza en la transmisión del dominio de los bienes sociales ó comunes; y

"Que la ley 20, título 12, libro 10 de la Novísima Recopilación expresa que no deben pagar alcabala los bienes de los difuntos que se partieren entre los herederos; pero esa ley no se refiere á los bienes que se poseen en común ó en sociedad y cuyo dominio se transmite por un contrato.

"En esta virtud, y vistos los artículos 1698 y 1713 del Código Civil y artículos 2.° y 3.° de la ley de 17 de marzo de 1835, se declara que no ha lugar á lo pedido por Rose Innes y C.ª—*Pinto Agüero.*"

El anterior fallo declara, pues, que debe pagarse alcabala; pero, apelado, la Corte Suprema lo revocó en la forma siguiente:

"Considerando:

"Que por el hecho de haber comprado en común el sitio y edificios de que hablan las escrituras de f... y f... quedó establecida la comunidad sobre ese fundo entre los compradores Rose Innes y C.ª y don Manuel Zamora;

"Que la división de las cosas comunes y las obligaciones y derechos que de ellas resulten están sujetos á las mismas reglas que la partición de la herencia, según lo dispone el artículo 2313 del Código Civil;

"Que en la partición hereditaria no hay obligación de pagar la contribución de alcabala cuando los bienes raíces se adjudican á alguno de los coasignatarios, ya sea porque la ley 20, título 12, libro 10 de la Novísima Recopilación dispone que "no se pague alcabala de los bienes de los difuntos que se partieren entre sus herederos, aunque intervengan dineros y otras cosas entre los tales herederos para se igualar", ya porque la ley de 17 de marzo de 1835 dispone que sólo debe pagarse alcabala en los contratos cuando el bien raíz transfiere de dominio y no hay transferencia de dominio en la adjudicación de un bien raíz hereditario, desde que la ley reputa al asignatario como el sucesor inmediato y exclusivo del difunto y como si no hubiese tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión, según lo declara el artículo 1344 del mismo Código;

"Que la sucesión hereditaria es un modo de adquirir, por ministerio

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de la ley, el dominio de las cosas, que difiere en su natureleza y efecto de los contratos translaticios de dominio á que se refieren las disposiciones de la ley de 1835 antes mencionada;

"Que el adjudicatario de una cosa común es igualmente reputado por el artículo 718 del Código Civil como el poseedor único de ella durante la indivisión; de modo que por la adjudicación no se hace más que concentrar los derechos que tenía sobre la cosa común mientras la poseyó proindiviso, sin que haya por ello translación de dominio.

"Con el mérito de las consideraciones precedentes, se revoca la sentencia apelada y se declara que Rose Innes y C.ª no está obligado á pagar la contribución de alcabala por la adquisición de la parte de su condueño don Manuel Zamora en la casa y sitio á que se refieren las escrituras de f... á f...—COVARRUBIAS.—COUSIÑO.—ÁBALOS.—BALLESTEROS."

Con este fallo tan claro y tan arreglado á la ley, queda establecido el principio de que en las adjudicaciones que se hagan de un bien social, ya sea por liquidación ó en parte de pago de un haber, ó en la división ó de un bien raíz adquirido en sociedad, no se debe pagar alcabala. Los notarios pueden entonces proceder sin temor alguno de arrostrar responsabilidad á otorgar las respectivas escrituras, sin exigir á los contratantes alcabala por estos actos, que en realidad no transfieren dominio, sino que radican el que antes existía en los contratantes.

Resueltas las dos cuestiones que enunciamos en el título, creemos inútil invocar otros fallos de los Tribunales, análogos á los anteriores, porque éstos son demasiados claros y concluyentes para el objeto que hemos tratado en estas líneas.

ROBUSTIANO VERA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

BIOGRAFÍAS DE ABOGADOS NOTABLES

DON ENRIQUE COOD

Don Enrique Cood pertenecía á una distinguida familia inglesa que se había dedicado al comercio en la América del Sur.

Sus padres, don Enrique Cood y doña Isabel Ross, residieron algún tiempo en el Perú, en la ciudad de Trujillo, en donde poseían un establecimiento mercantil de bastante importancia.

Con motivo de la muerte de su hermano don Jorge, acaecida en 1825, don Enrique Cood padre se vió forzado á hacer frecuentes viajes á Valparaíso con el objeto de tomar posesión de la herencia que aquél había dejado y que consistía principalmente en numerosas propiedades raíces.

La liquidación de cierta sociedad comercial de que don Jorge formaba parte, dió origen á interminables cuestiones que obligaron á su hermano Enrique, allá por los años de 1829, á trasladar su residencia á Valparaíso.

Poco después de esta fecha, á fines de 1830, nacía en este puerto el que había de ser más tarde uno de los más distinguidos profesores de nuestra Universidad, don Enrique Cood y Ross.

***

Después de haber hecho éste algunos estudios preliminares en un colegio de Valparaíso, fué enviado por sus padres á Inglaterra, en 1843, con el objeto de que adquiriera una educación sólida y esmerada.

Ahí cursó las humanidades, dedicándose especialmente á las matemáticas, instrucción que contribuyó en mucho para desarrollar su inteligencia y para dar á sus raciocinios aquella fuerza, precisión y exactitud que hicieron de él una de las figuras más notables del foro chileno.

Asistió después como alumno á las clases de la Universidad de Londres, en donde dió brillantes pruebas de su talento y de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

una firme contracción para el trabajo, obteniendo los primeros premios en algunos de los ramos que cursó.

No considerando suficiente el caudal de conocimientos que había adquirido hasta entonces, pasó más tarde á Bruselas, en cuya célebre Universidad hizo serios y profundos estudios, llegando á obtener el título de *Candidato en Filosofía y Letras;* después de lo cual se decidió á volver á su patria.

Como la travesía debía ser de larga duración, el joven Cood no quiso desperdiciar el tiempo que iba á pasar encerrado entre las cuatro tablas de su camarote.

Proporcionóse un ejemplar del *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* de don Joaquín Escriche y una edición económica de las *Partidas*, que, puede decirse, era el único código que nos regía en aquella época.

Estas dos obras fueron su lectura favorita durante toda la navegación.

***

Llegado á Chile, trató luego de continuar sus estudios.

En abril de 1851, se presentó al Consejo de la Universidad solicitando: "1.º, que se le dispensasen las pruebas requeridas para obtener el grado de Bachiller en Filosofía y Humanidades, declarándose válido para el mismo grado en las Facultades de Leyes y Matemáticas el diploma de Candidato en Filosofía y Letras por la Universidad de Bruselas, que al efecto presentaba; y 2.º, que se declarasen igualmente válidos para obtener grados en la Facultad de Matemáticas los exámenes de ramos á dicha Facultad pertenecientes, que acreditaba haber rendido."

Para resolver acerca de esta solicitud, el Consejo acordó pedir informe á los señores decanos de las Facultades de Filosofía y Humanidades y de Matemáticas, los cuales expidieron sus dictámenes en términos favorables á las pretensiones del señor Cood.

En consecuencia, el Consejo accedió á la petición de éste, obligándole sólo á que rindiera previamente los exámenes de idioma patrio, de historia nacional y de fundamentos de religión.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Don Enrique Cood, en cambio de estos ramos, había estudiado en Europa muchos otros que en Chile no se exigían para optar á grados universitarios.

Así en la Universidad de Bruselas siguió el curso que sobre Antigüedades Griegas y Romanas estaba encomendado al célebre catedrático don Juan Santiago Altmeyer.

El señor Cood estudió en el Instituto Nacional los tres ramos á que he hecho referencia, saliendo perfectamente airoso en los exámenes á que fué sometido.

En abril de 1852, recibió el título de Bachiller en la Facultad de Filosofía y Humanidades, después de haberse expedido brillantemente en la prueba final, que versó sobre el latín.

***

Apenas salido del Instituto Nacional, el alumno se convirtió en maestro.

Ese mismo año fué designado para regentar una clase de inglés en este establecimiento.

Y á la verdad que nadie mejor que él podía desempeñar esta cátedra con más acierto: poseía el inglés con perfección, como que se había educado en Inglaterra, y hablaba correctamente el español, que era su idioma nativo y cuya gramática acababa de estudiar con todo esmero.

Por otra parte, el señor Cood era por naturaleza extremadamente aficionado á los estudios filológicos, como lo demuestran algunos trabajos que publicó sobre esta importante materia.

El nuevo profesor de inglés estaba, por lo tanto, en excelentes condiciones para enseñar debidamente su ramo.

Los hechos no tardaron en manifestar poco tiempo después que la elección había sido perfectamente acertada.

Comisionado por el Consejo de la Universidad don Rafael Minvielle para que presenciara los exámenes de humanidades que debían rendirse á fines de 1852, en el Instituto Nacional y en la Academia Militar, pasó al Consejo un breve informe en que daba cuenta de su cometido.

En esta nota, en que el señor Minvielle no entra en detalles se dice, sin embargo, lo que copio á continuación:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Los alumnos de inglés de las clases de don Enrique Cood en el Instituto Nacional y de Mr. Murphy en la Academia, tradujeron, escribieron y leyeron con rara precisión, particularmente los primeros."

En este mismo oficio, se habla también de que la clase del señor Cood era en aquel tiempo muy concurrida.

***

Don Enrique Cood continuó en Chile sus estudios de matemáticas iniciados en Londres; y en mayo de 1853 recibía el título de Bachiller en la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas.

Pero sus principales inclinaciones le impulsaban á la carrera del foro.

Era ahí también donde debía conquistar sus mejores laureles.

Incorporado en nuestra Universidad en calidad de alumno del curso de leyes, no tardó en dar á conocer á sus maestros sus sobresalientes dotes.

Á pesar de su espíritu vivo é inquieto, el joven Cood era en la clase el discípulo más atento y contraído.

Escuchaba siempre las lecciones con el lápiz en la mano y el papel pronto para consignar las ideas importantes que emitiera el profesor.

Estas apuntaciones le servían después de base para redactar explicaciones con lenguaje propio y con nuevas observaciones que el estudio le sujería.

De este modo, llegó á componer un tratado de Derecho Romano que consta de seis ú ocho volúmenes manuscritos.

El profesor de esta asignatura era en aquel tiempo don José Eugenio Vergara, que tuvo después por el señor Cood una particular afección.

Excusado es decir que éste sobresalió en casi todas sus clases, siendo más de una vez propuesto como acreedor á los primeros premios de los ramos que cursaba.

Habiendo obtenido el título de Bachiller en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas, en abril de 1854, el señor Cood solicitó, según se acostumbraba entonces, que se le admitiera en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la práctica forense, pidiendo que se le señalara al efecto el estudio de don José Gabriel Ocampo.

Al lado de este distinguido jurisconsulto, don Enrique Cood se adiestró en el manejo de las armas que posteriormente debía esgrimir con sin igual destreza en defensa de su numerosa clientela.

El joven estudiante no tardó en llegar á ser un auxiliar eficacísimo de su maestro.

Se puede decir más bien, sin exageración de ninguna especie, que se convirtió en su colaborador, y en un colaborador activo, inteligente y en extremo contraído.

Los más de los días el señor Cood pasaba en el gabinete de trabajo del señor Ocampo desde por la mañana hasta una hora avanzada de la noche, redactando escritos y entregado al estudio de cuestiones importantes y de difícil resolución, que se le habían encomendado.

Tres años pasó así encerrado en el bufete de uno de los abogados que en aquella época gozaba de mayor reputación y que, por lo tanto, tenía á su cargo tareas considerables.

Al cabo de este tiempo obtuvo el título de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas.

La memoria que el señor Cood leyó en esta ocasión, á fin de obtener su grado, versó sobre el efecto retroactivo de la ley, con motivo de la promulgación del Código Civil.

Después de exponer varias consideraciones generales, don Enrique Cood manifiesta que, para dilucidar la cuestión que sirve de tema á su discurso, no se debe buscar una resolución que convenga á todos los casos, sino que es necesario examinar por separado las diversas leyes, según la materia de que traten.

Para este efecto divide las leyes en doce categorías:

"1.ª Leyes interpretativas.

"2.ª Leyes supletorias.

"3.ª Leyes que miran al orden público.

"4.ª Leyes relativas al estado y capacidad civil de las personas.

"5.ª Leyes relativas á la forma de los actos.

"6.ª Leyes relativas á la prueba é interpretación de los actos.

"7.ª Leyes relativas á los contratos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"8.ª Leyes relativas á los testamentos.
"9.ª Leyes relativas á las sucesiones intestadas.
"10. Leyes relativas á la prescripción.
"11. Leyes penales.
"12. Leyes relativas á los procedimientos judiciales."

Á cada uno de estos grupos, el señor Cood dedica consideraciones especiales, llegando á diversas conclusiones según los casos; y por último termina diciendo que estas clasificaciones "no agotan la inmensa variedad de especies que la discusión de los jurisconsultos y las decisiones de los magistrados han ilustrado en los demás países que nos han precedido en la obra de las reformas legislativas."

Con su título de licenciado, el señor Cood se presentó á la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago pidiendo que se le sometiera á las últimas pruebas que se exigían para llegar á ser abogado.

Junto con esta solicitud, el señor Cood acompañaba el honroso certificado que á continuación se copia:

"Ilustrísima Corte:

"Por decreto de 24 de abril de 1854 se sirvió la Corte señalar mi estudio para que en él practicara el bachiller don Enrique Cood; y desde esa fecha hasta el presente ha asistido diariamente á mi despacho con la más ejemplar exactitud, se ha ejercitado en la lectura de expedientes y de nuestros autores prácticos, y desempeñado á mi satisfacción todos los trabajos jurídicos que le he encomendado. El conocimiento que he adquirido de sus aptitudes, de su contracción al trabajo y de su moralidad, me ha convencido de que el foro hará una importante adquisición admitiéndole al ejercicio de la profesión de abogado á que aspira.—Santiago, enero 9 de 1857.—*Gabriel Ocampo.*"

Una comisión compuesta de don Francisco Vargas Fontecilla, don Marcial González y don Vicente Sanfuentes, fué designada por la Corte para que examinara al señor Cood é informara acerca de sus aptitudes.

Practicada la prueba, esta comisión declaró que el candidato se encontraba "perfectamente instruído en la práctica forense y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que era digno, bajo todos aspectos, al título de abogado á que aspiraba.»

Por fin, habiéndose expedido satisfactoriamente en el último examen que rindió ante la misma Corte, este tribunal dispuso que se le extendiera el título de abogado, el 19 de enero de 1857.

***

Un año antes de esta fecha. es decir, el 9 de enero de 1856, el señor Cood había merecido el alto honor de ser llamado á regentar interinamente la cátedra de Derecho Civil en nuestra Universidad.

Para comprender esta distinción en lo que vale, es preciso tener presente que don Enrique Cood no era todavía abogado y, sin embargo, se le encomendaba uno de los ramos más importantes del curso de leyes.

En la sesión celebrada por el Consejo de la Universidad en 7 de marzo de 1857, se suscitó la cuestión sobre si el estudio del Código Civil chileno debía ser obligatorio ó nó para los alumnos del mencionado año.

El Código á que me refiero había empezado á regir el 1.º de enero de ese mismo año; de modo que parecía natural estudiarlo con preferencia al Derecho Civil español, cuyas disposiciones no debían aplicarse en lo sucesivo.

El Consejo no tomó desde luego resolución alguna á este respecto, hasta que en la sesión siguiente fué llamado el señor Cood para que expusiera lo que pensaba sobre el particular.

El señor rector de la Universidad, que lo era á la sazón don Andrés Bello, manifestó en esta circunstancia que había solicitado la asistencia de don Enrique Cood «á fin de que ilustrara la deliberación del Consejo en un asunto que era de la especial competencia del mencionado profesor.»

Don Andrés Bello, al recurrir en esta ocasión á las luces del señor Cood, no procedía completamente á ciegas; al hacer este llamamiento, sabía de antemano que la persona á quien se dirigía era de una competencia acreditada.

***

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Con motivo de la publicación del Proyecto de Código Civil, hecha á principios de 1853, su sabio autor había tenido oportunidad de apreciar la ilustración y los conocimientos del señor Cood.

Más de una vez habían llegado á oídos del señor Bello juicios discretos y fundados referentes á tal ó cual disposición del Proyecto, los cuales se atribuían á don Enrique Cood.

Algunas de las observaciones que éste hizo, estaban consignadas por escrito y fueron á parar á manos de don Andrés.

He tenido la fortuna de encontrar uno de los trabajos á que aludo, que llamó particularmente la atención del ilustre jurisconsulto americano que nos dió el Código Civil.

Quiero referirme á un estudio sobre la lesión enorme en los contratos conmutativos, ó mejor dicho, á un estudio en que el señor Cood censuraba la disposición contenida en el artículo 2067 del Proyecto de Código Civil publicado en 1853.

Considero oportuno dar á conocer aquí este trabajo inédito; y, para su mejor inteligencia, conviene que se tenga á la vista el artículo citado del Proyecto, el cual está concebido en los términos siguientes:

"ARTÍCULO 2067

"Hay lesión enorme en el contrato de venta cuando el vendedor da la cosa por menos de la mitad de su justo precio, ó cuando el comprador ha pagado sobre el justo precio de la cosa más de una mitad del mismo. El justo precio de la cosa se refiere á la fecha del contrato."

Las observaciones del señor Cood relativas á este artículo, son las que se copian á continuación:

LA LESIÓN EN LOS CONTRATOS CONMUTATIVOS

"La equivalencia ó igualdad de valores es la base de los contratos conmutativos.

"Cuando hay desigualdad, es decir, cuando falta esta equivalencia, alguno de los contratantes sufre un perjuicio: hay *lesión* para él.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Hay ciertas consideraciones que hacen necesario fijar: 1.º, la *magnitud* que debe tener la lesión para que dé lugar á la rescisión del contrato; y 2.º, el *modo de calcularla.*

"Respecto á la magnitud (extensión ó tamaño) de la lesión, ella no puede menos de ser arbitraria: supongamos que el Legislador elija una fracción cualquiera; verbigracia, la *mitad.*

"Respecto al modo de calcularla, es decir, respecto del objeto á que debe referirse, existe una norma segura, nacida de la misma naturaleza del contrato.

"En los contratos conmutativos, cada una de las partes *da* y *recibe* á la vez; de donde se sigue que en abstracto no hay para qué considerar sino *una de ellas*, pues lo que se diga y determine acerca de ella será igualmente aplicable á la otra.

"El contratante, pues, *da* y *recibe.*

"Lo que da *debe* ser *igual* á lo que recibe.

"Si no sucede así, hay *lesión.*

"Es decir, si *da más* de lo que debe dar, ó si *recibe menos* de lo que debe recibir.

"No hay más hipótesis posibles. Hay lesión en *dar de más* y en *recibir de menos.*

"Fijada la lesión enorme en la mitad, resolveremos que hay lesión enorme siempre que

"1.º Uno da la mitad más de lo que debe;

"2.º Uno recibe..... menos.....

"Resulta que el tamaño de la lesión se refiere á lo que uno debió dar, si la lesión fue en dar, ó á lo que debió recibir, si la lesión fue en recibir.

"Tal es la regla de nuestra legislación actual, leyendo, en lugar de *la mitad, cualquiera fracción más de la mitad.*

"El Proyecto de Código Civil propone esta regla:—Hay lesión enorme siempre que uno *recibe* la *mitad* de lo que *da.*

"Se pone sólo para *simplificar*, la *mitad* en lugar de cualquiera fracción *menos de la mitad,* lo que no altera el argumento.

"Según esto, la *mitad lesionaria*, se calcula sobre lo que se *da* y nunca sobre lo que se *recibe* por la parte perjudicada.

"Esta es una regla desigual, porque hemos visto que hay lesión en *recibir de menos*, como en *dar de más.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"De aquí es que *en un mismo contrato* se concede á una de as partes la acción rescisoria más *fácilmente* que á la otra. Un ejemplo lo patentizará.

"Yo quiero desprenderme de una cosa (valor 10) por otra que tú me has de dar.

"Ó tú me das una cosa, cuyo valor yace entre 5 ó 15, ó me das una cuyo valor es menos de 5, ó bien más de 15.

"Según nuestra actual legislación, el primero de esos tres casos no da lugar á rescisión; el segundo y tercero, sí.

"¿Es justa la regla?—Sí, porque si *yo* perjudico ó si soy perjudicado en más de 5, concede la acción rescisoria; igualmente, si *tú* perjudicas ó eres perjudicado, concede igual acción: igualdad perfecta.

"Según el Proyecto, el tercer caso no da lugar á rescisión, sino cuando el valor de la cosa que tú me das excede de 20.

"¿Es justa la regla?—Nó, porque yo tengo acción cuando me perjudicas en 5, y tú no tienes sino cuando te perjudico en 10: desigualdad evidente.

"¿Por qué el perjuicio de 5 que recae sobre mi fortuna, ha de tener por equivalente el perjuicio de 10 que recae sobre la tuya? ¿Acaso eres tú más rico que yo? ¿Hay algo en el contrato que lo indique así?—Nada.

"La regla equitativa es, pues, la del derecho actual, ya sea que se fije la mitad, las siete duodécimas partes, las tres cuartas ó cualquiera otra fracción.

"La lesión debe calcularse sobre lo que *debió recibirse* ó *debio darse.*

"Expresada matemáticamente, tomando por base la mitad, y sea C la cosa que se trata de valorizar, y P el precio ó valor que se le da en el contrato, hay lesión siempre que $\frac{C-P}{C}$ ó $\frac{P-C}{C}$ es más que $\frac{1}{2}$.

"Pero esto, se dirá, es sólo aplicable á la venta y no á aquellos contratos en que se dan mutuamente cosas de incierto valor, verbigracia, una finca por otra.

"¿Á qué debe referirse la mitad lesionaria? ¿á cuál de las dos fincas?

"Esta parece ser una objeción sólida; pero luego se desvanece.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Ó el error de valorización ha recaído sobre una de las fincas ó sobre las dos. En el primer caso, la regla se aplica con seguridad y facilidad. En el segundo caso, la parte perjudicada tendrá que probar que *uno* de *esos dos errores* de apreciación (ó los *dos*, si quiere) tiene la magnitud que exige la ley, según la fórmula arriba expresada.

"Porque en la permuta se debe, para tratar de *lesión*, apreciar los objetos en su valor monetario, es decir, suponer *dos ventas,—dos apreciaciones.*"

El trabajo que acabo de dar á conocer, fué leído con vivo interés por don Andrés Bello.

Aunque el insigne jurisconsulto no estaba de acuerdo con las opiniones sostenidas por el señor Cood, sin embargo, no podía menos de reconocer la fuerza é ingenio de la argumentación con que éste apoyaba su tesis.

Esta circunstancia le movió á escribir una refutación en defensa de la disposición censurada del Proyecto.

Parece que el señor Bello tuvo la idea de leer este trabajo en alguna sesión de la Facultad de Leyes; mas ignoro si llevó á cabo este propósito.

En el original que tengo á la vista, encuentro en el margen la nota que á continuación se expresa, escrita con aquella letra menuda y casi ininteligible que le era característica:

"Las siguientes observaciones, dice, se refieren á un papel suelto en que se defiende con bastante ingenio la regla de la ley 56, título 5, Partida 5. No estamos autorizados para publicarlo; pero creemos haber expuesto con suficiente claridad las razones en que se funda su autor, que es un joven de mucha instrucción y talento."

El artículo de don Andrés, que no fué conocido por el señor Cood, estaba concebido en estos términos:

"**Sobre el modo de calcular la lesión enorme en los contratos conmutativos**

"Es increíble el embrollo que en una cuestión tan sencilla ha producido la frase *justo precio*. ¿Qué es el justo precio en el contrato de venta?—El valor monetario de la cosa vendida, el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

valor de la cosa vendida expresado en dinero. ¿Qué es el precio pagado por el comprador?—Otro valor monetario. La lesión resulta necesariamente de la razón en que se hallan entre sí estos dos valores monetarios.

"Según el Proyecto de Código Civil (acorde con la ley 16, título 11, Partida 4) hay lesión enorme, lesión que autoriza la rescisión del contrato, cuando uno de los dos valores monetarios no llega á la mitad del otro. Llamando D el valor dado, R el valor recibido, la lesión enorme es representada por $\frac{1}{2}D > R$, para la permutación y la venta, para el comprador y el vendedor. Sustitúyase otra fracción, si se quiere; pero una fracción invariable, no una fracción para el comprador y otra para el vendedor; una fracción para el valor monetario que consiste en cosas, y otra para el valor monetario que consiste en dinero; como sucede en nuestra legislación actual, según la ley 56, título 5, Partida 5, y la ley 2, título 1, libro 10 de la Novísima Recopilación.

"Yo quiero desprenderme de un valor monetario 12. ¿Qué valor monetario he de recibir para que no sufra lesión enorme?

"Á esta pregunta me responde la legislación actual lo que sigue: Ó compras ó vendes. Si compras, debes recibir por lo menos, los dos tercios del valor monetario que das. Pero, si vendes, es otra cosa: para que no sufras lesión enorme, basta que recibas la mitad del valor monetario que das.

"¡Pero, señor! ¿No es uno mismo el perjuicio que yo experimento cuando doy un valor monetario 12 bajo la forma de dinero, y recibo un valor monetario 7 bajo la forma de una casa ó de una hacienda, que cuando doy un valor monetario 12 bajo la forma de una casa ó de una hacienda, y recibo en cambio un valor monetario 7 bajo la forma de dinero? ¿Qué justicia hay ó qué razón para que en el primer caso se me conceda la acción rescisoria y se me niegue en el segundo? ¿Por qué han de ser de peor condición las cosas que el dinero que las representa?

"Nuestra legislación actual ha sido perfectamente representada por las dos fórmulas $\frac{C-P}{C} > \frac{1}{2}$ y $\frac{P-C}{C} > \frac{1}{2}$, en que P significa el valor monetario que consiste en dinero actualmente pagado, alias el *precio*, y C el valor monetario que consiste en algo que no es dinero, alias el *justo precio* de la cosa vendida. La

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

primera de estas dos fórmulas es para el vendedor; la segunda, para el comprador. Hay una medida de lesión para el uno, y otra medida de lesión para el otro. Con esto, está dicho todo.

"$\frac{C-P}{C} > \frac{1}{2}$ se convierte en $C-P > \frac{1}{2}C$, ó $\frac{1}{2}C > P$: es decir, que no hay lesión enorme para el vendedor sino cuando es perjudicado en más de la mitad de lo que da.

"$\frac{P-C}{C} > \frac{1}{2}$ se convierte en $P-C > \frac{1}{2}C$, ó $P > \frac{3}{2}C$, ó $\frac{2}{3}P > C$: es decir, que para el comprador hay lesión enorme desde que es perjudicado en más de un tercio de lo que da. ¡Y esto se llama igualdad perfecta!

"La estructura misma de las dos fórmulas está señalando la desigualdad, la injusticia intrínseca. El término $\frac{P-C}{C}$ no es análogo al término $\frac{C-P}{C}$: para que lo fuese debería convertirse en $\frac{C-P}{P}$. Pero entonces las dos fórmulas no serían mas que transformaciones de la fórmula general $\frac{1}{2}D > R$.

"Se distingue la lesión en dar y la lesión en recibir; distinción imposible. Si se da de más es porque se recibe de menos.

"Se dice que en el Proyecto de Código Civil se calcula la lesión sobre lo que se da, y nunca sobre lo que se recibe. Lo que se hace en el Proyecto es calcular la lesión, á la vez, sobre lo que cada contratante da y recibe. ¿Cómo puede ni aún concebirse lesión de otro modo?

"En nuestra legislación actual, hay dos lesiones: cierto; pero no una en dar y otra en recibir, como se dice, sino una para el vendedor y otra para el comprador, calculadas ambas sobre lo que cada uno da y recibe, pero en diversas proporciones.

"Se aduce este ejemplo:—Yo quiero desprenderme de una cosa (valor 10) por otra que tú me has de dar. Ó tú me das una cosa cuyo valor no es menos de 5 ni más de 15, ó una cosa cuyo valor es menos de 5, ó una cosa cuyo valor es más de 15. En el primer caso, se dice, no hay lesión enorme; en el segundo y tercero, sí.—No es exacto. Si la cosa de que yo quiero desprenderme es un valor monetario que no consiste en dinero, no hay lesión enorme para ninguno de los dos contratantes en el primero de los casos referidos. Pero cuando yo quiero desprenderme de un valor monetario 10 bajo la forma de dinero, falla la demarcación de los tres casos; porque si tú me das una cosa

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cuyo valor monetario es 6, que es un valor entre 5 y 15, sufro, según la legislación actual, lesión enorme, porque soy perjudicado en más de la mitad del justo precio de la cosa vendida; y si la cosa que tú me das vale 16, 17, 18, 19 (valores monetarios superiores á 15), no hay lesión enorme ni para mí, como es evidente, ni para ti, que recibes más de la mitad del justo precio. La demarcación de los tres casos debe entonces ser ésta: ó tú me das una cosa que no vale menos de los ⅔ de 10, ni más de 20, ó una cosa que vale menos de los ⅔ de 10, ó una cosa que vale más de 20: en el primer caso no hay lesión enorme; en el segundo y tercero, sí. Dando, pues, un mismo valor, se calcula de muy diverso modo la lesión enorme, cuando este valor es dinero, que cuando es otra cosa. ¡Incomprensible filosofía!

"Si el comprador paga más de 15 por una cosa cuyo valor monetario es 10, sufre (dicen) la misma lesión, el mismo menoscabo en su fortuna, que el vendedor cuando da una cosa que vale 10 por menos de 5, porque ambos son perjudicados en más de 5.—Pero la lesión no se mide por números sino por razones geométricas. El que vende por 94 una cosa que vale 100, sufre en su fortuna el mismo menoscabo que el que vende por 4 una cosa que vale 10: ambos son perjudicados en 6; sin embargo, nadie dirá que ésta es una razón para que se dé al primero la acción rescisoria que se concede al segundo.—Nó, replican, no hai paridad, porque en el segundo caso 6 es más de la mitad del justo precio de la cosa vendida, y en el primero nó.—Paralogismo que ni aun puede llamarse especioso. En la venta, como en todo contrato conmutativo, hay dos justos precios, el de la cosa vendida y el del dinero que se paga por ella; este dinero tiene también su justo precio, que es el dinero mismo, porque el dinero es la medida de los valores. Si, pues, el justo precio de lo que da el vendedor, y no el de lo que recibe, es el término de comparación para el vendedor, es inconsecuente la ley cuando fija por término de comparación para el comprador, no el justo precio de lo que da el comprador, sino el justo precio de lo que recibe. Luego el comprador que da 10 no debe tener acción rescisoria sino cuando recibe menos de 5; y, por consiguiente, cuando recibe 10, es necesario que haya dado por estos 10 más de 20 para que sufra lesión enorme.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Veamos como se aplica nuestra legislación á las fórmulas. En toda permutación, se dice, hay dos ventas; de donde yo deduzco que en toda permutación hay dos compras, porque venta no puede concebirse sin compra. Ahora bien, Pedro permuta una casa que vale 12 por la chacra de Juan que vale 7. Pedro alega que en toda permutación hay dos compras; que habiendo comprado con un valor monetario 12 una chacra que sólo vale 7, ha sido perjudicado en más de 3½, que es la mitad del justo precio de la chacra; y que, por consiguiente, sufre lesión enorme, y tiene derecho para que se rescinda el contrato. Nó, contesta Juan; en toda permuta hay dos ventas; Pedro ha vendido su casa que vale 12 por los 7 que yo le he dado en mi chacra: ha sido perjudicado, por consiguiente, en menos de la mitad del justo precio de la cosa vendida; no ha sufrido, pues, lesión enorme; no tiene derecho para pedir la rescisión del contrato. ¿Qué hará el juez? Tan fundado debe parecerle un concepto como el otro, y la dificultad es insoluble, si la ley no prefija una regla *arbitraria*, ordenando, por ejemplo, que todo permutante que alegue lesión enorme sea considerado como vendedor. El juez dirá entonces á Pedro: Has vendido tu casa; no tienes acción rescisoria. ¡Pero, señor! ¿no hay el mismo motivo para decir que he comprado la chacra? Que haya ó nó el mismo motivo, no es del caso: *sic scripta est lex.*

"La regla del Proyecto es igual para ambas partes; compara siempre el valor dado con el valor recibido, y establece una misma medida de lesión para todos los casos. Nada más sencillo, ni más justo."

Ahora bien, el hecho de que nuestro Código Civil calcule la lesión enorme en la misma forma en que lo hacía el Proyecto, contribuye á dar mayor interés é importancia á los trabajos que doy á conocer por primera vez.

Ellos pueden servir en la práctica para interpretar debidamente la regla de que se trata, que es de grande aplicación y de no muy clara inteligencia, como lo demuestran las mismas dudas á que daba lugar.

Es indudable que la opinión autorizada del señor Cood en materias legales será siempre escuchada con profunda atención,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y que la palabra de don Andrés Bello en asuntos relativos al Código Civil será también en toda ocasión el comentario más precioso de esta obra.

Estas circunstancias me mueven á reproducir algunas otras observaciones que hizo don Enrique Cood referente al Proyecto de Código Civil publicado en 1855, es decir, al Proyecto que fué aprobado por el cuerpo legislativo y que llegó á ser nuestro Código Civil después de experimentar ligeras correcciones en su redacción.

Cada una de estas observaciones viene con la respectiva contestación de don Andrés.

He aquí las piezas á que aludo.

***

ARTÍCULO 878 (Proyecto de 1855).

No se pueden tener ventanas, balcones, miradores ó azoteas, que den vista á las habitaciones, patios ó corrales de un edificio vecino, cerrado ó nó; á menos que intervenga una distancia de tres varas.

Esta distancia se medirá entre el plano vertical de la línea más sobresaliente de la ventana, balcón, etc., y el plano vertical de la línea divisoria de los dos predios, siendo ambos planos paralelos.

No siendo paralelos los dos planos, se aplicará la misma medida á la menor distancia entre ellos.

MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI R.

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—Proyecto de Código Rural para la República de Chile, *memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile*, por don Isidoro Vásquez Grille, 1 volumen de 111 páginas, Imprenta Cervantes, 1888, Santiago. Es una edición por separado del trabajo de nuestro distinguido compañero señor Vásquez Grille, y que insertamos en el último tomo de esta Revista.

La Dirección

JUICIO CRÍTICO DE LA OBRA DE M. COURCELLE SENEUIL

Préparation á l'étude du droit. Étude des principes, por M. J.-G. Courcelle Seneuil.—In. 8.°, XI. 489 p. (París, Guillaumin, 1887).—Bajo el modesto título que encabeza estas líneas creeríase acaso encontrar un manual de escuela ó uno de esos resúmenes enciclopédicos que, más de una vez, hemos intentado aclimatar entre nosotros y que son el punto de encuentro de los estudios clásicos con el estudio del derecho puro. Pero abrid el libro, leedlo y habréis de experimentar algo como aquella singular sorpresa que nos hace sentir el comerciante oriental, cuando tras la humilde puerta de una casa, nos presenta una feria con todos sus atractivos y riquezas.

Algo análogo acontece con la obra de M. Courcelle Seneuil. Su título no es sino el de una obra elemental; ella es, sin embargo, un tratado lleno de vida y de originalidad, en que el pensamiento circula claro, libre, seguro de sí mismo, bastante fuerte para no ser jamás indiferente y bastante fecundo para engendrar ideas de todo género, ora trate de llevar el convencimiento al ánimo del lector, ora provoque la resistencia. M. Courcelle Seneuil ha querido sentar sobre sólida base los principios esenciales del orden social, valiéndose para ello de las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

razones que ha podido descubrir al través de su larga experiencia y en el transcurso de sus muchos años empleados en el estudio de los fenómenos sociales. Ha podido realizar su objeto como hábil maestro.

Nos queda toda una ciencia por crear, nos dice: la ciencia social, la ciencia de la actividad voluntaria del hombre «que se aplica al mundo exterior ó á los individuos y á los grupos humanos.» (Pág. 12). Su libro está destinado á abrir paso á esta ciencia. Sigámosle un instante.

Hasta el presente, tres ciencias, la filosofía, la historia y la economía política se han repartido, de una manera muy desigual, y á las veces muy incompleta, el vasto dominio de la actividad humana. Es sobre manera importante refundir estas tres ciencias en una sola más rigoro sa, más metódica y comprensiva, y, cuando esto se haya realizado, cuando esta nueva ciencia se haya constituido, se obtendrán los principios sobre los cuales deben reposar las cuatro grandes artes que presiden los actos humanos, á saber: la política, la pedagogía, la moral y el Derecho.

Debe notarse que el autor no considera al Derecho como una rama de la ciencia social, sino como un simple arte. No participamos de esta opinión; pero una distinción nos pondrá tal vez de acuerdo.

Admitimos la definición que da de ciencia en contraposición al arte y que puede resumirse así: la ciencia investiga y prueba las leyes naturales permanentes; el arte las aplica. La ciencia social se propone, pues, inquirir el conjunto de leyes que rigen la actividad humana. ¿De qué modo conseguirá este objeto? Estudiando á la sociabilidad en el tiempo y en el espacio, en el pasado y en el presente, en todas las sociedades humanas, en fin. ¿Luego el derecho no es, según dice el mismo Courcelle Seneuil, «la parte sólida, la base fundamental de toda sociedad medianamente civilizada?» (Pág. 201). ¿No es, acaso, examinando esta base, comparando las diversidades de su estructura en los diversos pueblos y observando las transformaciones que ha sufrido al través de las edades, como podrá deducirse su principio generador y determinar las reglas permanentes que presiden á su evolución; descubrir, en otros términos, cierto número de esas leyes fundamentales cuyo conjunto debe constituir la ciencia social? ¿Con qué otro objeto el mismo M. Courcelle Seneuil ha consagrado un libro entero de su obra (el libro III) á la *teoría del Derecho*?

Sí, el Derecho es un arte cuando se limita á interpretar ó á sistematizar la legislación positiva de un Estado; pero se convierte en ciencia cuando se le denomina Derecho comparado, historia de las legislaciones comparadas, filosofía del Derecho. Podría hacerse una distinción para la moral y la política y llegar tal vez á la conclusión de que á cada

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

análoga arte corresponde exactamente una ciencia y á cada ciencia un arte.

M. Courcelle Seneuil es economista y, como tal, se ha visto forzado á designar el mejor lugar á la ciencia de su predilección; pero es sincero, ante todo, y confiesa muy luego, por una honrosa inconsecuencia, que la economía política *usurpa el dominio de la ciencia social cuando analiza las buenas leyes, las buenas costumbres y, en general, las condiciones normales que hacen más activa y fecunda la energía individual.* (Página 14.) Nos atreveríamos á replicarle que no es el dominio de la ciencia social el que usurpa la economía política, puesto que ésta es una rama de aquélla; sino el dominio del Derecho, de la política y de la moral, que son sus ramas vecinas.

Nos hemos detenido demasiado en estas cuestiones de clasificación y de método; pero ello es importante, sin embargo, cuando se trata de una ciencia naciente.

¿Trataremos ahora de analizar la obra de M. Courcelle Seneuil? Es por demás rica en ideas para que podamos tentarlo siquiera sin inferirle agravio. Nos limitaremos únicamente á señalar algunos capítulos y algunos pasajes que más nos han llamado la atención. Desde luego, el capítulo I del libro II, en que, después de haber demostrado que el principio orgánico de la sociedad moderna ha tenido su origen en la libertad engendrada por la revolución francesa combate,—y con éxito raro á veces,—las utopías socialistas contemporáneas; el capítulo V del mismo libro, en que el autor determina las funciones esenciales del Estado y prueba los peligros que corre la sociedad cada vez que un gobierno extralimita sus atribuciones; y por fin, el capítulo verdaderamente excelente intitulado: "¿Por qué las quejas contra la desigualdad de condiciones son más agudas que nunca?"

No podemos menos de llamar la atención de todos sobre los pasajes que, en el libro III, tratan sobre la soberanía, sobre el derecho de sufragio y sobre las funciones del elector. M. Courcelle Seneuil se ha esforzado con justo título por restablecer la pureza de las sanas nociones de nuestro Derecho público.

El sufragio es menos un derecho que una función social. Consiste en elegir los hombres más capaces de dictar buenas leyes, de asegurar la libertad de cada cual y la seguridad general; jamás consiste en el derecho de hacer valer por un órgano determinado las opiniones particulares ó las pasiones individuales, en hacer prevalecer por medio de un mandatario los intereses privados del elector. Es un error, en efecto, considerar el interés colectivo como la resultante de los intereses privados, y la opinión colectiva como la resultante de las opiniones indivi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

duales. «El elector, dice con mucha razón M. Courcelle Seneuil, no es libre para votar según su interés privado ó los caprichos de su fantasía: está obligado á votar según lo que le dicte su conciencia y de conformidad con el interés nacional colectivo. Del mismo modo, por más que el elegido sea libre en el ejercicio de sus funciones, está obligado á someterse á la misma prescripción moral.» Más adelante agrega: «El elegido no es el mandatario de los electores, el representante de tal ó cual localidad, de tales ó cuales intereses; sino que es el hombre encargado de concurrir, dentro de las formas legales y en la medida de sus luces, al mejor ejercicio posible de la soberanía, en el interés de toda la nación francesa. Este es un principio que ha sido confirmado, después de una memorable discusión, por la Asamblea constituyente.» (Pág. 229.)

Para M. Courcelle Seneuil, la cuestión de *la representación de las minorías* no tiene razón de ser. No se trata de *representar* opiniones ó intereses electorales, sino de seguir la opinión que más se aproxime á la opinión colectiva y procurar el interés que más se acerque al interés colectivo.

Para él no puede ya haber cuestión posible sobre el mandato imperativo basado en un programa electoral, como asimismo sobre los medios para hacer intervenir al elector en cuestiones que él es incapaz de examinar ó que no está en situación de resolver *á priori*, y para subordinar el interés colectivo á los intereses de una circunscripción más ó menos extensa.

Se ha objetado á M. Courcelle Seneuil que destruye así el principio mismo del sufragio universal, la soberanía. Esta observación sería justificada, sin duda, si se entendiese por soberanía *la soberanía del interés privado de la mayoría*, es decir, en definitiva el sacrificio de la minoría; pero nó, si se entiende por soberanía, de acuerdo con el autor, el medio dado á cada ciudadano de afianzar ó de restablecer con su voto el orden legal y la felicidad pública.

No pasaremos más adelante en el examen de este libro; no nos es dado hacer de él una crítica minuciosa. Podríamos hacer notar muchas divergencias de opinión que nos separan del autor. (Así, por ejemplo, no admitimos que la opinión pública pueda llegar á ser en caso alguno, como sostiene M. Courcelle Seneuil (pág. 313-314), una sanción suficiente de la moral.) Pero la *Preparación al estudio del Derecho* no es una obra que deba ser juzgada en detalle; obra de singular aliento, debe ser juzgada en su conjunto y es acreedora al más prolijo estudio de todos los que se dedican al cultivo científico de la jurisprudencia y toman interés en sus deberes políticos. Este estudio es tanto más ne-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cesario cuanto que en nuestro país se han perdido de vista los principios en medio de la lucha de los partidos y del desencadenamiento de los intereses privados.

La principal gloria de M. Courcelle Seneuil consiste en haber resistido á la corriente que parece arrastrar á nuestros contemporáneos, y en haber llamado la atención sobre la única luz que puede conducir á la sociedad en su camino, la luz de los primeros principios, notados por la evidencia ó deducidos por la razón. Esta gloria no es insignificante, y creemos que no puede ser puesta en duda; pero sería de desear, además, que la obra produjese todos los frutos que puede dar siendo leída por todos los lectores que merece tener. Lo deseamos menos por el autor que por el público ilustrado de nuestra Francia.— *Santiago Flach.*

(Del *Bulletin de la Société de Législation comparée*, año XIX, núm. 2, febrero de 1888.)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO IV Santiago, 1.° de julio de 1888 NÚM. 2

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Don José Victorino Lastarria, por E. C. L.—Notas Editoriales: Congreso Jurídico Internacional Sud-americano de 1888. Trabajos del Congreso de Juristas de Lima en 1878.—Tratado para establecer en América reglas uniformes sobre Derecho Internacional Privado.—La reforma del Poder Municipal, por don José A. Alfonso.—¿Tiene mérito ejecutivo la confesión ficta ó presunta, esto es, la que la ley da por hecha en pena de no comparecer el demandado á prestarla? por don Ismael Valdés Vergara.—En las particiones de bienes ¿es aplicable el artículo 1,489 del Código Civil? ¿Hay acción resolutoria en una partición de bienes por falta de pago del precio de adjudicación? por don Robustiano Vera.—Don Enrique Cood (continuación), por don Miguel Luis Amunátegui Reyes.

DON JOSÉ VICTORINO LASTARRIA

El 14 del mes que terminó ayer ha fallecido este ilustre chileno.

Había nacido en Rancagua el año de 1812. Hizo sus estudios en el colegio de Mora, en el Instituto Nacional y al lado de don Andrés Bello.

Profesor de Derecho Público y de Literatura en el Instituto Nacional en 1838, formó una generación de discípulos bajo el imperio de doctrinas nuevas, con independencia de criterio y un propósito decidido de esparcir la simiente fecunda que ha afianzado en Chile la República y popularizado los principios de libertad.

Fué también profesor de otros ramos de humanidades; y, desde temprano, luchó contra la adversa fortuna hasta conquistarse una brillante posición social como hombre de carácter y de inquebrantable energía.

Era uno de esos talentos poderosos que iluminan de vez en cuando el mundo científico y comunican sus esplendores á todos los ramos de su actividad. Como Vicuña Mackenna y Amunátegui, Lastarria ocupará un lugar preferente entre los hombres de ciencia y los fundadores de la literatura nacional.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Fué uno de los promotores más entusiastas de aquel notable y conocido movimiento literario de 1842, con la fundación de *El Semanario*, y sucesivamente de *El Siglo*, *El Crepúsculo* y la *Revista de Santiago*. Colaboró en casi todas las publicaciones literarias del país, y trabajó con éxito en la fundación de distintas asociaciones, la más notable de las cuales fué la Academia de Bellas Letras en 1873, que prestó servicios importantísimos á la cultura intelectual y al progreso científico y literario.

En la Cámara de Diputados figuró desde 1843 en diversos períodos, distinguiéndose como orador parlamentario y como legislador, en toda la amplitud dada á esta palabra por la ciencia constitucional. Fué también senador desde 1876.

En la Administración, desempeñó los puestos de oficial mayor del Ministerio del Interior, Ministro de Hacienda en 1862, Ministro Plenipotenciario en el Perú, en las Repúblicas del Plata y en el Brasil, Ministro del Interior en 1876, miembro de las Facultades de Leyes y de Humanidades de la Universidad.

En el Poder Judicial fué ministro de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago y de la Corte Suprema, en el último de los cuales empleos jubiló. Era abogado desde 1839.

Breves son estas líneas para referir con el debido desarrollo la influencia ejercida por un ciudadano tan distinguido, después de una larga y fructífera existencia; pero no omitiremos reseñar sus obras, que acreditan su fecunda labor de escritor y publicista.

El señor Lastarria cultivó diversos géneros literarios, en especial la historia y la biografía. Escribió relaciones de viajes, críticas, leyendas, textos de enseñanza, hasta una novela. En este orden citaremos las obras que llevan los siguientes títulos: *Investigaciones sobre la influencia social de la conquista y del sistema colonial de los españoles en Chile* (1844); *Bosquejo histórico de la constitución del Gobierno de Chile durante el primer período de la revolución, desde 1810 hasta 1814* (1847); *Juicio histórico de don Diego Portales; Estudio sobre los primeros poetas españoles; Recuerdos de viajes; Lecciones de geografía moderna* (1838); *El libro de oro de las escuelas* (1862); *Don Guillermo* (1860); *Miscelánea literaria* (1855); *é histórica y literaria* (1868-69); *Antaño y Ogaño* (1885); *Recuerdos literarios* (1878 y 85), etc.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Como jurisconsulto y publicista, escribió las siguientes: *Práctica de testamentos* (1838); *Teoría del Derecho Penal* (1847); *Elementos de Derecho Público Constitucional teórico, positivo y político* (1847); *Historia Constitucional del medio siglo* (1853): *Constitución política de la República de Chile comentada* (1856); *Proyectos de ley y discursos parlamentarios* (1867 y 70); *La América* (1865); *Lecciones de política positiva* (1874); *Instituta del Derecho Civil* (1864); etc.

Podrían citarse muchísimas piezas de menor importancia, alegatos, discursos, proyectos de ley, sus innumerables artículos insertos en la prensa diaria ó en opúsculos especiales, etc.

Fué honrado con los nombramientos de individuo correspondiente de la Real Academia Española, del Instituto Histórico del Brasil, de la Real Sociedad de Anticuarios de Copenhague y de otras corporaciones sabias.

Á su muerte el señor Lastarria era director de la Academia Chilena correspondiente de la Real Española, á cuya fundación cooperó con entusiasmo.

Notables son, por tanto, los merecimientos de este eminente compatriota para la gratitud nacional; y su nombre no será olvidado jamás, como que él ha quedado unido á la historia de los progresos sociales y políticos de la patria, y significa una sólida y bien alcanzada gloria literaria.

La REVISTA FORENSE CHILENA, honrada en varias ocasiones por la pluma del señor Lastarria, adhiere á las manifestaciones del sentimiento público, cumpliendo así un deber de justicia para con este ilustre escritor que supo todas las veces servir con abnegación ilimitada y una altiva independencia las ideas modernas del derecho y de la libertad, en el libro, en la cátedra, en la tribuna parlamentaria, en las academias y en los consejos de gobierno.

E. C. L.

NOTAS EDITORIALES

CONGRESO JURÍDICO INTERNACIONAL SUD-AMERICANO DE 1888.—El 14 de febrero del presente año, los Gobiernos de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la República Argentina y el Uruguay firmaron un protocolo en que convinieron en la reunión de un Congreso Jurídico Internacional Sud-Americano, que tendrá por objeto la celebración de un tratado que comprenda las materias que abarca el Derecho Internacional Privado.

Acordaron que el Congreso se reuniese en la ciudad de Montevideo desde el día 25 de agosto próximo; y que los Gobiernos invitados, que son los de Chile, Brasil, Perú, Bolivia, Ecuador, Colombia, Venezuela y Paraguay, concurriesen por medio de dos Plenipotenciarios ó delegados.

Ambos Gobiernos iniciadores resolvieron verificar la invitación, por separado y simultáneamente, á los demás; y en efecto, el de Chile la ha recibido en esta forma con fecha 10 de marzo, dirigida por los Ministros de Relaciones Exteriores de la República Argentina y Oriental del Uruguay.

Nuestro Gobierno ha aceptado la idea y asegurado á los invitantes que irá al Congreso "sin ánimo preconcebido respecto de las cuestiones que sean materia de sus trabajos, con el objeto único de buscar el medio de conciliar la legislación de los países americanos sobre las numerosas dificultades del Derecho Internacional Privado á que constantemente dan ocasión las estrechas relaciones que existen entre ellos." Así se expresa el Ministro de Relaciones Exteriores de Chile, señor don Demetrio Lastarria, en su nota-contestación de 2 de mayo último. (*Diario Oficial de la República de Chile*, núm. 3,294).

Esta REVISTA seguirá con sumo interés el desarrollo de este notable acontecimiento, y dará cuenta de sus trabajos, que tantos beneficios habrán de producir para la solución uniforme de los conflictos de legislación entre los países sud-americanos.

TRABAJOS DEL CONGRESO DE JURISTAS DE LIMA EN 1878. —Ahora que se trata de reunir un Congreso Internacional análogo al de Juristas celebrado en Lima en 1878, conviene continuar la publicación de los trabajos de este último, que ya iniciamos en nuestro tomo III, páginas 518 y 582.

Este Congreso sancionó un tratado para establecer reglas uniformes en materia de Derecho Internacional Privado, el cual fué aprobado por el Congreso peruano en enero de 1879, sin

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que lo fuese por las demás naciones que en él estuvieron representadas por causa de la guerra que Chile hubo de declarar á Bolivia y el Perú.

Empezamos desde el presente número la inserción de esos trabajos, cuya lectura, por ser de una actualidad interesante, esperamos cautivará la atención de nuestros lectores.

TRATADO PARA ESTABLECER EN AMÉRICA reglas uniformes sobre Derecho Internacional Privado.

TÍTULO PRIMERO

DE LA LEY QUE RIGE EL ESTADO Y LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS, LOS BIENES SITUADOS EN LA REPÚBLICA Y LOS CONTRATOS CELEBRADOS EN PAÍS EXTRANJERO.

ARTÍCULO PRIMERO. Los extranjeros gozan en la República de los mismos derechos civiles que los nacionales.

ART. 2.º El estado y la capacidad jurídica de las personas se juzgarán por su ley nacional, aunque se trate de actos ejecutados ó de bienes existentes en otro país.

ART. 3.º Los bienes inmuebles existentes en la República y los muebles que tengan en ella una situación permanente, serán regidos por las leyes nacionales, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en el Estado; salvo lo dispuesto en el título de las sucesiones.

ART. 4.º Los contratos celebrados fuera de la República serán juzgados, en cuanto á su validez intrínseca y efectos jurídicos de sus estipulaciones, por la ley del lugar de su celebración; pero si esos contratos, por su naturaleza ó por convenio de partes, tuviesen que cumplirse precisamente en la República, se sujetarán á las leyes de ésta. En uno y otro casos, el modo de ejecutarlos se regirá por las leyes de la República.

ART. 5.º Las formas ó solemnidades externas de los contratos ó de cualesquiera otros actos jurídicos, se regirán por la ley del lugar en que han sido celebrados.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 6.º La prueba de la autenticidad de los instrumentos otorgados en otro país, estará sujeta á las leyes de la República.

TÍTULO II

DE LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS EN PAÍS EXTRANJERO Y DE LOS CELEBRADOS POR EXTRANJEROS EN LA REPÚBLICA.

ART. 7.º La validez del matrimonio para los efectos civiles, se juzgará por la ley del lugar en que se ha celebrado.

ART. 8.º Se reputará también válido para los mismos efectos, el matrimonio contraído por un nacional en el extranjero, ante el Agente Diplomático ó Consular de la República, con arreglo á sus leyes.

ART. 9.º El matrimonio celebrado según los cánones de la Iglesia Católica, producirá efectos civiles en la República, aunque no los produzca en el lugar en que se contrajo.

ART. 10. La capacidad jurídica para contraer matrimonio se juzgará por la ley nacional de los contrayentes.

ART. 11. Los extranjeros que pretendan casarse en la República, estarán obligados á probar su capacidad jurídica ante la autoridad que la ley local designe.

ART. 12. También estarán sujetos á las leyes de la República en lo relativo á impedimentos dirimentes.

ART. 13. Los derechos y deberes personales que el matrimonio produce entre los cónyuges, y entre éstos y sus hijos, serán regidos por la ley del domicilio matrimonial; pero si éste variase, se regirán por las leyes del nuevo domicilio.

ART. 14. Las capitulaciones matrimoniales celebradas fuera de la República, estarán sujetas á las mismas disposiciones que reglan los contratos.

ART. 15. No habiendo capitulaciones matrimoniales, la ley del domicilio conyugal regirá los bienes muebles de los cónyuges, sea cual fuere el lugar en que aquellos se hallen ó en que hayan sido adquiridos.

ART. 16. Los bienes inmuebles y los muebles de situación

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

permanente se regirán en todo caso por la ley del lugar en que estén situados, conforme al artículo tercero.

ART. 17. El matrimonio disuelto en otro país con arreglo á sus propias leyes y que no hubiera podido disolverse en la República, no habilitará á los cónyuges para contraer nuevas nupcias.

TÍTULO III

DE LA SUCESIÓN

ART. 18. La capacidad para testar se regirá por la ley nacional del testador.

ART. 19. Los extranjeros podrán testar en la República con arreglo á las leyes del país de su nacimiento ó naturalización, ó según las de su domicilio.

ART. 20. La capacidad para suceder y la sucesión se regirán por la ley á que se haya sujetado el testador, con las restricciones siguientes:

1.ª No tendrán efecto las disposiciones testamentarias sobre bienes existentes en la República, si se oponen á lo que se establece en el artículo 54.

2.ª En la sucesión de un extranjero tendrán los nacionales á título de herencia, de porción conyugal ó de alimentos, los mismos derechos que según las leyes del Estado les corresponderían sobre la sucesión de otro nacional; y los harán efectivos en los bienes existentes en el país.

ART. 21. Los testamentos otorgados fuera de la República y que deben cumplirse en ella, estarán sujetos á las limitaciones establecidas en el artículo anterior.

ART. 22. Las solemnidades externas del testamento se regirán por la ley del lugar en que ha sido otorgado.

ART. 23. Las donaciones inter vivos se sujetarán á las disposiciones contenidas en los artículos anteriores.

ART. 24. La sucesión intestada se regirá por la ley nacional del difunto con las limitaciones contenidas en el artículo 20. Á falta de parientes con derecho á la herencia, los bienes existentes en la República quedarán sujetos á las leyes de ésta.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

TITULO IV

DE LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES NACIONALES SOBRE ACTOS JURÍDICOS REALIZADOS FUERA DE LA REPÚBLICA Y SOBRE LOS CELEBRADOS POR EXTRANJEROS QUE NO RESIDEN EN ELLA.

ART. 25. Los que tengan domicilio establecido en la República, sean nacionales ó extranjeros y estén presentes ó ausentes, pueden ser demandados ante los Tribunales territoriales para el cumplimiento de contratos celebrados en otro país.

ART. 26. También pueden serlo los extranjeros que se hallen en el país, aunque no sean domiciliados, si esos contratos se hubiesen celebrado con los nacionales, ó con otros extranjeros domiciliados en la República.

ART. 27. Los extranjeros, aunque se hallen ausentes, pueden ser demandados ante los Tribunales de la Nación:

1.º Para que cumplan las obligaciones contraídas ó que deben ejecutarse en la República.

2.º Cuando se intente contra ellos una acción real concerniente á bienes que tengan en la República.

3.º Si se hubiese estipulado que el Poder Judicial de la República decide las controversias relativas á obligaciones contraídas en otro país.

ART. 28. Los extranjeros no domiciliados en la República que entablen alguna demanda contra los naturales ó contra los extranjeros naturalizados ó domiciliados, afianzarán las resultas del juicio, si así lo exigiere el demandado.

ART. 29. No se exigirá, sin embargo, tal fianza en los casos siguientes:

1.º Si el extranjero apoyase su demanda en un documento fehaciente;

2.º Si tuviese en la República bienes suficientes;

3.º Si la parte líquida y reconocida del crédito cuyo pago solicita, fuese bastante para responder de los resultados de su demanda;

4.º Si la demanda versare sobre actos comerciales;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

5.º Si el extranjero hubiese sido compelido judicialmente á interponer la demanda.

ART. 30. En los juicios que se promuevan sobre el cumplimiento de obligaciones contraídas en país extranjero, el modo de proceder se arreglará á las leyes de la República.

ART. 31. Se juzgarán también por las mismas leyes las excepciones provenientes de hechos que se hayan realizado en la República, así como las acciones rescisorias, resolutorias ó revocatorias que se funden en ellos; pero cuando se trate de probar la existencia de un acto jurídico, ocurrido fuera del país, la prueba se arreglará á la ley del lugar donde ese acto se realizó.

ART. 32. La prescripción considerada como medio de adquirir bienes, se juzgará por la ley de la situación de éstos.

ART. 33. La prescripción considerada como medio de extinguir las obligaciones, se juzgará por la ley del lugar en que éstas hayan tenido origen.

TÍTULO V

DE LA JURISDICCIÓN NACIONAL SOBRE DELITOS COMETIDOS EN PAÍS EXTRANJERO, Y SOBRE LOS DE FALSIFICACIÓN EN PERJUICIO DE OTROS ESTADOS.

ART. 34. Los que delinquieren fuera del país, falsificando la moneda nacional, billetes de banco de circulación legal, títulos de efectos públicos ú otros documentos nacionales, serán juzgados por los Tribunales de la República conforme á sus leyes, cuando sean aprehendidos en su territorio ó se obtenga su extradición. También son competentes los Tribunales nacionales para juzgar:

1.º Á los ciudadanos de la República que hubiesen cometido en país extranjero un delito de incendio, asesinato, robo, ó cualquier otro que esté sujeto á la extradición, siempre que haya acusación de parte ó requerimiento del Gobierno del país en que se hubiese cometido;

2.º Á los extranjeros que habiendo cometido los mismos delitos contra ciudadanos de la República, vengan á residir en ella, siempre que preceda acusación de parte interesada;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

3.º Á los piratas.

ART. 35. El procedimiento en esos juicios se sujetará á las leyes del país.

ART. 36. Cuando en el lugar de la perpetración y en el del juicio sea diferente la pena que corresponda al delito, se aplicará la menos severa.

ART. 37. Las disposiciones que preceden no tendrán efecto:

1.º Si el delincuente ha sido juzgado y castigado en el lugar de la perpetración del delito;

2.º Si ha sido juzgado y absuelto ú obtenido remisión de la pena;

3.º Si el delito ó la pena hubiesen prescrito con arreglo á la ley del país en que se delinquió.

ART. 38. La responsabilidad civil proveniente de delitos ó cuasi-delitos se regirá por la ley del lugar en que se hayan verificado los hechos que los constituyen.

ART. 39. Serán castigados en la República conforme á sus leyes, los delitos consistentes en falsificar para la circulación:

1.º Moneda que tenga curso legal en cualquier país;

2.º Obligaciones ó cupones de la deuda pública ó billetes de banco de cualquiera nación, con tal que su emisión esté autorizada por una ley de la misma;

3.º Obligaciones ú otros títulos emitidos en cualquier país por sus Municipalidades ó establecimientos públicos de toda especie, ó cupones de intereses ó de dividendos correspondientes á tales títulos;

4.º Acciones de sociedades anónimas, legalmente constituídas en otro país.

TITULO VI

DE LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS Y OTROS ACTOS JURISDICCIONALES

ART. 40. Las sentencias y cualesquiera otras resoluciones judiciales en materia civil, expedidas en las Repúblicas signatarias, se cumplirán por las autoridades nacionales con sujeción á lo prevenido en este título.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 41. La ejecución de dichas sentencias ó resoluciones se pedirá al Juez ó Tribunal de primera instancia del lugar en que han de cumplirse, para lo que se le dirigirá un exhorto con inserción de todas las piezas necesarias.

ART. 42. El Juez exhortado le dará cumplimiento con sujeción á lo dispuesto en el artículo 54:

1.º Si no se opone á la jurisdicción nacional;

2.º Si la parte hubiese sido legalmente citada;

3.º Si la sentencia ó resolución estuviese ejecutoriada, con arreglo á la ley del país en que se hubiere expedido.

ART. 43. La parte que se considere perjudicada por el auto del Juez exhortado, puede interponer los recursos que la ley permita en el país de la ejecución; pero será prohibida toda controversia que no se refiera á alguno de los casos puntualizados en el artículo anterior.

ART. 44. Los exhortos que se expidan en las Repúblicas signatarias para la ejecución de los laudos ó fallos arbitrales, se cumplirán también con arreglo á las disposiciones precedentes, si están homologados.

ART. 45. Los laudos que no estén homologados se sujetarán á las mismas reglas que los contratos.

ART. 46. Los actos de jurisdicción voluntaria surtirán sus efectos bajo las mismas condiciones establecidas en el artículo 42.

ART. 47. Los exhortos que tengan por objeto hacer una simple notificación, recibir declaraciones ó cualesquiera otras diligencias de esta naturaleza, se cumplirán siempre que estuviesen debidamente legalizados.

ART. 48. Lo dispuesto en los artículos 41, 42, 43 y 44 se observará también respecto de las sentencias y otros actos judiciales, así como sobre los arbitrales expedidos en países extraños á las Repúblicas signatarias:

1.º Si favorecen el derecho de los ciudadanos de dichas Repúblicas.

2.º Si aunque sean expedidos á favor de otras personas, se acredita que en el Estado donde tuvo lugar el juicio ó el arbitraje, se observa la reciprocidad.

ART. 49. No se exigirá la reciprocidad para ejecutar los ex-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

hortos relativos á actos de jurisdicción voluntaria ó á simples diligencias judiciales.

ART. 50. Los medios de ejecución para el cumplimiento de losexhortos á que se refieren los artículos anteriores, serán los establecidos en la República.

TITULO VII

DE LAS LEGALIZACIONES

ART. 51. Para que los exhortos y otros instrumentos públicos procedentes de un país extranjero produzcan efectos legales en la República, su autenticidad será comprobada conforme á las reglas siguientes:

Los exhortos en que se solicita la ejecución de sentencias y laudos, serán legalizados en la nación de su procedencia, conforme á la ley ó práctica establecida en ella.

Si la última firma de esa legalización fuese la del Agente Diplomático ó Consular del país de la ejecución, será autenticada por el Ministro de Relaciones Exteriores del mismo.

Si la última firma fuese la del Agente Diplomático ó Consular de una nación amiga, el representante ó agente de ésta en el país de la ejecución la autenticará y pasará el exhorto al Ministro de Relaciones Exteriores para los efectos indicados en el inciso anterior.

Si la nación de que procede el exhorto tuviese Agente Diplomático ó Consular en el país en que ha de cumplirse, podrá el Ministro de Relaciones Exteriores de aquella nación remitirle el exhorto para que, previa la autenticación de su firma, pase al de igual clase de la nación en que ha de ejecutarse á fin de que le dé el curso respectivo.

Art. 25. Los demás documentos surtirán sus efectos, si son legalizados por el Agente Diplomático ó Consular de la República, ó de manera que la comprobación pueda hacerse por el Ministro de Relaciones Exteriores del país de la ejecución.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

TITULO VIII

DISPOSICIONES COMUNES Á LOS TÍTULOS PRECEDENTES

ART. 53. Las disposiciones de los títulos anteriores no alteran las establecidas en los tratados vigentes con otras naciones.

ART. 54. Las leyes, sentencias, contratos y demás actos jurídicos que hayan tenido origen en país extranjero, sólo se observarán en la República, en cuanto no sean incompatibles con su Constitución Política, con las leyes de orden público ó con las buenas costumbres.

ART. 55. Corresponde al que invoca una ley extranjera y pide su aplicación conforme á los títulos precedentes, probar la existencia de dicha ley.

ART. 56. El presente Tratado, aprobado que sea por los Congresos y ratificado por los Gobiernos de las Repúblicas signatarias, será canjeado en Lima en el menor tiempo posible.

ART. 57. No es indispensable para la vigencia de este Tratado la aprobación de todas y cada una de sus estipulaciones por todas las naciones signatarias. La que lo apruebe en todo ó en parte, lo comunicará al Gobierno del Perú, para que lo transmita á las demás naciones contratantes. Este procedimiento hará las veces de un canje.

ART. 58. Hecho el canje en la forma indicada en el artículo anterior, el Tratado quedará en vigor desde ese acto, y por tiempo indefinido, entre las naciones que lo hubieren efectuado.

ART. 59. Si con el transcurso del tiempo, alguna de las naciones contratantes creyere necesario introducir modificaciones en este Tratado, notificará á las demás su voluntad de hacer cesar sus efectos en la parte correspondiente; pero no quedará desligada, sino tres años después de ese acto, término en que se procurará llegar á un nuevo acuerdo por la vía y en la forma que se juzguen más convenientes.

ART. 60. El artículo 57 es extensivo á las Repúblicas que no habiendo concurrido á este Congreso, quisiesen adherirse al presente Tratado.

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios de las Repúblicas men-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cionadas lo hemos firmado y sellado en el número de siete ejemplares, en Lima, á los nueve días del mes de noviembre del año de mil ochocientos setenta y ocho.

(L S) (firmado) *Antonio Arenas.*
(L S) (firmado) *José E. Uriburu.*
(L S) (firmado) *Joaquín Godoy.*
(L S) (firmado) *Zoilo Flores.*
(L S) (firmado) *Miguel Riofrío.*
(L S) (firmado) *Pedro Naranjo.*
(L S) (firmado) *Antonio Arenas.*

Es fiel copia de su original,

Miguel Antonio de la Lama
Secretario del Congreso

Las Repúblicas signatarias son el Perú, la Argentina, Chile, Bolivia, Ecuador, Estados Unidos de Venezuela y Costa Rica.

Por el protocolo de 5 de diciembre del mismo año, los Plenipotenciarios de Guatemala y la República Oriental del Uruguay se adhirieron en todas sus partes á las conclusiones adoptadas por el Congreso en los sesenta artículos que contiene el Tratado.

(De *El Derecho* de Lima, número 35, de 21 de agosto de 1886)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCION TECNICA

LA REFORMA DEL PODER MUNICIPAL

¿Existe, ante todo, Poder Municipal en Chile? Desde luego, la Constitución lo sujeta á una enorme limitación al prescribir, en su artículo 129, que "ningún acuerdo ó resolución de la Municipalidad que no sea observancia de las reglas establecidas, podrá llevarse á efecto sin ponerse en noticia del gobernador ó del subdelegado en su caso, quien podrá suspender su ejecución si encontrare que ella perjudica al orden público." Nuestro Código Fundamental dejó, pues, mucho al bueno ó mal criterio del gobernador ó del subdelegado, porque, bien lo sabemos, la expresión *orden público* es de muy elástico significado y susceptible de ser apreciada de diversos modos y desde distintos puntos de vista.

Pero, no es la dicha la única traba ó limitación á que nuestra Carta Fundamental sujeta la acción de las Municipalidades. Hay aun otra,—no tan transcendental, sí, como la anterior,—y se deriva de la facultad que tiene el Presidente de la República, para aprobar, con audiencia del Consejo de Estado, las ordenanzas que aquéllas dictaren sobre objetos de su competencia.

Como vemos, la Constitución de 1833 quiso darle al Presidente de la República ingerencia directa en las Municipalidades, ó sea, en la administración local y privativa de los departamentos. Reaccionó, pues, y eficazmente, contra la tendencia federal, que dominaba á muchos espíritus en aquel entonces, tendencia que se reflejó, sobre todo, en la Constitución de 1828, que tan pocos años tuvo de vigencia.

Robustecidas de esta manera las facultades presidenciales, vino después la Ley Orgánica de Municipalidades de 1854, á completar la obra de una férrea y poderosa centralización, iniciada ya por la Constitución. No se contentó esta ley con atribuirle un amplio sentido á la expresión *orden público*, á que acabamos de referirnos, dándole así latísimas facultades al

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

gobernador; ni se contentó tampoco con establecer un gran número de materias de ordenanza, que son, como también acabamos de decirlo, las resoluciones municipales que deben ser aprobadas por el Presidente de la República, con audiencia del Consejo de Estado: fué todavía mucho más lejos; hasta llegar á barrenar, en más de una ocasion, si no la letra exacta de la Constitución, por lo menos su claro é implícito texto. Fué así como el gobernador ó el subdelegado, á virtud de expresa disposición legal, constituyeron parte integrante de la Municipalidad, y como también exigió, para poder ser elegido municipal, un requisito más de los prescritos por la Constitución.

Puede decirse sin exageración que las municipalidades quedaron, mediante la ley de 1854, atadas de pies y manos y entregadas á la discreción del Presidente de la República: tan estrecho era el férreo círculo en que podían ejercer sus atribuciones, y tan supeditadas se encontraron por la intrusión de un poder extraño. Los cuerpos locales nada, en efecto, podían espontáneamente hacer en los asuntos privativos de su incumbencia, ó sea, en los intereses locales del municipio ó territorio municipal. Principiando por la constitución misma del municipio, de ella se reclamaba si se la consideraba ilegal, al Consejo de Estado, ó, lo que tanto da, atendidos nuestros hábitos políticos, al Presidente de la República. Siguiendo después con el nombramiento de empleados municipales, él se hacía por el gobernador departamental, agente inmediato de aquel magistrado. Además, la creación ó supresión de empleos municipales y la determinación de sus sueldos ó emolumentos, requería también la aprobación del Presidente de la República. Lo más esencialmente privativo de un cuerpo local, su propia organización interna, no le pertenecía, sino que estaba, respecto de ella, sometido á extraña y vigilante tutela. No se podía gastar un solo centavo sin haber préviamente impetrado la venia presidencial: el presupuesto y los acuerdos especiales sobre gastos, menester era, efectivamente, someterlos á la aprobación del primer magistrado de la nación. En la administración de los bienes y rentas municipales, frecuentísima era también la ingerencia de dicho funcionario, como igualmente la del intendente de la provincia. La restrictiva ley de 1854, del mismo modo sometía la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

administración económica de las municipalidades á un inspector especial nombrado por el Presidente de la República, inspector que tenía facultad de acordar reglas para el mejor servicio de las oficinas municipales, sin la menor intervención de la respectiva Municipalidad. Pero, ¡qué mucho que se llegara á este extremo cuando la misma ley autorizaba al intendente para dictar, *por sí solo* y en casos determinados, ordenanzas ó reglamentos municipales! Casi no se comprende, realmente, cómo pudo llegarse á tan absurdas consecuencias. Por fortuna, tales facultades, á lo que entendemos, nunca llegó el caso de ejercitarlas: tan chocante era la enorme centralización que ellas importaban.

El absoluto desconocimiento de los verdaderos principios que deben regir la administración local, llevó á los legisladores de 1854 á darle, en caso de empate, voto decisivo al gobernador ó subdelegado. Quedaba, pues, al arbitrio de un funcionario, en cuya elección no había tenido el pueblo la menor ingerencia, imponer su voluntad en asuntos privativos de la administración municipal.

Con los antecedentes que hemos expuesto, y con el del gran número de materias de ordenanza que la antedicha ley establecía, podemos ahora contestar, en un sentido negativo, la pregunta que, al comenzar, formulábamos. Durante la vigencia de la ley de 1854, no ha existido, pues, en Chile Poder Municipal propiamente dicho: no ha tenido ninguna calidad que lo distinga como autónomo ó soberano en las materias de interés local ó municipal: directa ó indirectamente, según lo tenemos ya dicho, ha estado bajo la dependencia del Poder central de la nación, ó, más exactamente, del Presidente de la República.

Llegando ahora á la materia propia de este estudio, á la ley municipal últimamente dictada y que acaba de comenzar á regir, examinemos lo que ha hecho ó no ha hecho en orden á la descentralización administrativa, al gobierno autónomo municipal, ó, para valernos de la expresión consagrada, al *self government* de los ingleses.

Varias é importantes reformas encierra la ley objeto de nuestro estudio. Aumenta, en primer lugar, el número de municipales y suprime los suplentes; suprime, también, la ingeren-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cia del Consejo de Estado en las reclamaciones sobre exclusión de miembros elegidos para la Municipalidad, y se la concede, con ventaja, á la autoridad judicial. De acuerdo con la Constitución, le quita el voto al gobernador ó subdelegado; le deja amplia facultad á la Municipalidad en el nombramiento y remoción de todos sus empleados, como asimismo, en la administración de sus bienes y rentas; no la deja sometida, tampoco, á la tutela presidencial, relativamente á los presupuestos y á los acuerdos especiales sobre gastos; en ningún caso llama á ejercicio á los municipales pretéritos; crea, al arbitrio de las respectivas Municipalidades, juntas locales de tres á cinco vecinos, en los pueblos que, careciendo de corporaciones municipales, exceda, sin embargo, su población de quinientos habitantes; suprime, con sobradísima razón, el voto decisivo del gobernador ó subdelegado en los casos de empate; aumenta la responsabilidad de los municipales, relativamente á los acuerdos que celebren y á los gastos que acordaren; reforma la comisión de alcaldes, en orden á los miembros que la componen: ya de ella no forma parte el gobernador ó subdelegado, lógica consecuencia, por lo demás, de no formar tampoco parte integrante de la Municipalidad. El presupuesto de gastos no puede ahora exceder, en ningún caso, del presupuesto de entradas ordinarias, so pena de la personal y solidaria responsabilidad de los municipales que votaren el exceso. Según la nueva ley, falla las cuentas del tesorero, en primera instancia, un inspector de oficinas fiscales, y, en segunda, el Tribunal Superior de Cuentas. Reduce, también, la misma ley las materias de ordenanza, que son, volvemos á repetirlo, las únicas resoluciones municipales que, constitucionalmente, deben someterse á la aprobación del Presidente de la República, con audiencia del Consejo de Estado. Los regidores, por turno mensual, son ahora los jueces de policía local, con recurso ante la justicia ordinaria para la devolución de las multas. La jurisdicción á que la ley orgánica de Tribunales se refiere en el párrafo II de su título III, ya no es ejercida por el primer alcalde, sino por el segundo y por el tercero. Ha innovado la nueva ley, también, en materia de empréstitos: requiérese ahora, para su contratación, no ya la autorización del Presidente de la República, sino la del Senado, ó

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en su receso, la de la Comisión Conservadora. Queda, según la misma ley, suprimido el inspector de la administración económica de las Municipalidades, para cuyo nombramiento autorizó inútilmente la antigua ley al Presidente. Por último,—y llegamos á la más importante y trascendental de las reformas emprendidas por la nueva ley,—le da, al primer alcalde de la Municipalidad, ingerencia exclusiva y directa en servicios que la ley derogada confiaba solamente al gobernador ó subdelegado.

Por la rápida exposición que acabamos de hacer de las principales innovaciones introducidas en nuestro régimen municipal, vemos que, en general, respecto de ellas, ha animado buen espíritu á nuestros legisladores. Se ha tratado, en efecto, de emancipar en parte á las Municipalidades de la acción prepotente del Gobierno central, cortándose algunos de los lazos que las entregaban maniatadas, por decirlo así, al Poder Ejecutivo, ó, más propiamente, al Presidente de la República. Las reformas relativas principalmente, al presupuesto y á los acuerdos especiales sobre gastos; á las ordenanzas, cuyo número se reduce; al nombramiento de empleados; á la más efectiva responsabilidad de los Municipales, y, sobre todo, las que se relacionan con la descentralización de ciertos servicios locales, no pueden sino merecer la aprobación de todos los espíritus progresistas que se interesan por el desarrollo y mejor gobierno de las localidades.

Sin embargo, doloroso es decirlo, la ley que tenía la vía expedita, si no para llegar hasta el fin, por lo menos para haber avanzado mucho más, se ha quedado, por decirlo así, á medio camino, y la reforma más transcendental que ella encierra no dará en la práctica, y generalmente hablando, los buenos resultados que nos era lícito esperar. Ha sido, en una palabra, una reforma tímida, incompleta y, en parte, desacertada. No se ha creído al país, ó no se le ha querido creer, preparado, por lo menos en parte, para una verdadera y transcendental reforma. No se ha ido, tampoco, al fondo de las cosas, y no se ha modificado lo que, en primer término, debió haberse reformado. El Poder Ejecutivo, demasiado acostumbrado á ejercer la tutela municipal, no ha querido desprenderse de facultades que sólo al poder local legítimamente le corresponden.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Fijémosnos desde luego, en el punto culminante, en la nota alta, por decirlo así, de la reforma: en la más efectiva descentralización, á lo menos teóricamente hablando, que importa la ley últimamente dictada.

Á virtud de dicha descentralización, se confían al primer alcalde los siguientes servicios locales: el alumbrado público; la pavimentación de las calles y plazas; el aseo y ornato de las ciudades; los mercados, abastos y mataderos, y las diversiones públicas.

En la realidad de las cosas y propiamente hablando ¿importa una descentralización facultar al primer alcalde para la administración de servicios que hasta ahora han estado bajo la dependencia del gobernador ó subdelegado? Dados nuestros hábitos políticos y electorales, ¿no será ésta simplemente una reforma de aparato, que acalle, por de pronto, la opinión, pero que deje siempre, y en el hecho, las cosas tales cuales han subsistido hasta aquí? Tratemos de averiguarlo.

Para que realmente existiera descentralización, á virtud de la reforma que examinamos, menester sería que los servicios que son ahora de la competencia del alcalde, pasaran de la influencia y dirección del gobernador, á las de un funcionario elegido naturalmente por el pueblo; animado, antes que todo, de espíritu de progreso local; que siempre, por consiguiente, buscara sus inspiraciones en la opinión general, y que no fuera, por último, dominado ó supeditado por el Poder central, representado por el gobernador ó subdelegado. Esto es evidente.

Pues bien, y ¿variarán las cosas, generalmente hablando, con el nuevo régimen que la última ley entraña? La dirección de los servicios municipales confiados al primer alcalde, ¿no obedecerá siempre á las sugestiones y á la influencia del gobernador? ¿No será, en la generalidad de los casos, primer alcalde aquel que el gobernador quiera? Y siendo esto así, ¿no lo elegirá entre aquellos con cuya voluntad en absoluto cuente? Sin ser profetas, podemos asegurar que será lo que decimos lo que acontezca casi uniformemente. No habrá, pues, descentralización; continuará siempre dominando la autoridad central, representada, en cada departamento ó subdelegación, por el respectivo go-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

bernador ó subdelegado; se le quitará á éste una buena parte de su trabajo, pero conservará siempre, y en toda su amplitud, su iniciativa y su influencia locales. El primer alcalde no tendrá, por lo regular, la suficiente libertad de acción, ni es probable, tampoco, que teniendo voluntad de adquirirla, la consiga en la realidad de las cosas.

Para discurrir de la manera que acabamos de hacerlo, hemos partido de la base de que la Municipalidad electa pertenezca, en su totalidad ó en su mayoría, al partido del gobernador. Se comprende perfectamente que será esto lo que generalmente ocurra.

Pongámosnos ahora en el caso contrario, y supongamos que la mayoría de la Municipalidad sea adversa al gobernador y que, por lo tanto, el primer alcalde también lo sea. En el hecho, será éste el único caso en que la ley haya conseguido su propósito de descentralización. La influencia del Poder central, del gobernador, será entonces nula ó contraproducente. Pero, preguntamos ¿ganará con esto la localidad? ¿No se producirá una lucha sorda ó desembozada entre la Municipalidad y el gobernador, y no será la localidad la sacrificada en esta lucha? Muy probable nos parece que sea esto lo que acontezca, porque, atendido nuestro modo de ser político y electoral, la Municipalidad, y el primer alcalde, consiguientemente, se encontrarán en tal caso animados, antes que de un espíritu de transigencia y de trabajo, de sentimientos políticos de oposición contra la autoridad central, ó sea, contra el gobernador, su genuino representante. El primer alcalde, entonces como siempre, no será el honrado y diligente administrador, que tenga, antes que todo, en vista el progreso de la ciudad y el bienestar de sus habitantes: será un caudillo político, llevado á la corporación por el gobierno ó los partidos opositores con el principal objeto de servir sus privativos intereses políticos. Y lo que decimos del alcalde se aplica también, aunque en menor escala, á los demás miembros de la Municipalidad. No se llevará á éstas, por lo general, hombres de trabajo, conocedores de la localidad, y con el firme propósito de dirigirla en vista de la conveniencia pública: serán, simplemente, políticos, *politicians*, como en Estados Unidos, servidores de un partido determinado, y que no se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dedicarán activa y honradamente á fomentar el bienestar y progreso comunes.

Y si las cosas pasan de la manera dicha, como mucho nos lo tememos que acontezca, ¿qué habremos ganado con la tan decantada reforma? Nada, absolutamente, porque, resumiendo lo dicho, ó la Municipalidad obedece á las sugestiones del gobernador ó subdelegado, y, entonces, la descentralización que pretende alcanzarse es una utopía; ó no atiende á dichas sugestiones, y, en tal caso, aun cuando en el hecho habrá descentralización, será ésta una perjudicial descentralización, que no deseamos ver imperante en nuestro país, pues ella mucho se asemejará á la disolución, á la falta de todo propósito fijo de gobierno y de orden.

Por lo visto, la más transcendental de las reformas que la nueva ley encierra, es deficiente, ó más bien, ineficaz: negatoria en un caso de la descentralización, y negatoria en el otro de la correcta gestión de los intereses locales. ¿Cómo, entonces, llegar á una reforma que sea tal en realidad y que produzca los buenos resultados que la descentralización es susceptible de dar? Para conseguirla, no hay, á nuestro entender, sino un camino que tomar. El mal no está principalmente en la nueva ley municipal, que, tal como es,—y repartiendo, eso sí, el trabajo del alcalde, según después tendremos oportunidad de observarlo,—puede dar, si no opimos, por lo menos muy buenos frutos: el mal está más abajo, es más radical, pues él se origina,—digámoslo de una vez,—del sistema electoral actualmente vigente.

Nuestro actual régimen electoral, demasiado amplio para aplicarlo á la elección de los administradores de los intereses locales, da predominio al elemento político, por decirlo así. El gobierno ó los partidos pueden, sin atender á los intereses locales,—aquí está el mal,—pueden, decimos, por medios legítimos ó ilegítimos de influencia, sacar avante una lista en que, antes que todo, se tome en cuenta dicho elemento y los servicios que los beneficiados hayan prestado á tal ó cual partido. Es esto lo que hemos visto durante la vigencia de la antigua ley, y es esto también lo que ha acontecido bajo el régimen que la nueva ley establece.

Pues bien, si hay algunas corporaciones en que por completo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

debe de estar desterrada la política, esas corporaciones son las municipales. Instituciones esencialmente administradoras, inspiradas, como deben encontrarse, en el progreso y bienestar locales, salen por completo de su esfera de acción, y no podrán dar sino tristes, tristísimos resultados, si penetran en el terreno, para ellas vedado, de la política. Es esto tan evidente, que no necesita demostrarse. Con el sistema electoral vigente,—lo hemos dicho y lo repetimos,—las municipalidades seguirán componiéndose, nó de administradores y hombres de acción y de trabajo, como debieran, sino de políticos y de servidores de partido. Con tales elementos es imposible obtener una imparcial, bien inspirada y fecunda administración local. Aun suponiendo que vayan políticos animados de muy buenas intenciones, encontrarán, por su mismo carácter de exclusivos partidarios, tales y tan generales resistencias, que sus buenas intenciones y mejores esfuerzos se malograrán, si no en el todo, por lo menos en gran parte. En la administración local, requiérese, en efecto, como en ninguna otra, imparcialidad, transigencia y mucha honradez de propósito y de intenciones. Es ésta una administración que está en contacto continuo y directo con sus administrados; que levanta frecuentes susceptibilidades é irritaciones, si los que al frente de ella están se dejan llevar por otros intereses que los legítimos de progreso y bienestar locales. Á nuestro juicio, la reforma de la ley electoral, en el sentido dicho de la restricción del sufragio, se impone como una medida de justicia y de necesidad.

Decimos, en primer lugar, de justicia, porque el elemento que debe dominar en la elección de las corporaciones municipales, es aquel que tiene intereses permanentes en la localidad, que es el que está más directamente interesado en llenar aquellas corporaciones de ciudadanos probos, activos, instruídos de las necesidades locales y de los medios más conducentes para satisfacerlas. No hay, en efecto, justicia si este elemento se ve supeditado por el que persigue sólo un interés político,—que, como lo hemos dicho, no debe entrar en las Municipalidades,—ó por el que no tiene en vista interés alguno determinado. Justo es, pues,—lo repetimos,—que predomine, en la elección de los administradores locales, los que positivo y permanente interés

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tienen de que dichos administradores llenen honrada y activamente su importante cometido. Y ¿es esto lo que actualmente ocurre? Es evidente que nó. Ahora el sistema electoral es uno mismo para todas las elecciones: trátese de la elección del Presidente de la República, de la de diputados y senadores, ó de la de municipales, el derecho de sufragio reside en unos mismos electores, lo que pugna contra los principios ya, puede decirse, admitidos en la ciencia política, principios que establecen la restricción del sufragio, relativamente á la elección de los miembros de las corporaciones municipales.

Débese, pues, limitar el sufragio, partiendo para ello de la base de las contribuciones locales; débese retirar el derecho de sufragio de todos aquellos que no están interesados de una manera permanente en la correcta gestión de los negocios locales, de los que no se encuentran radicados en la localidad, de todos aquellos, en fin, que componen esa masa esencialmente migratoria, tan frecuente en nuestro pueblo y tan pronta para transladarse de una á otra localidad, según los intereses del momento, ó, más bien, según la retribución ó el jornal que esperan alcanzar. ¿Qué interés pueden tener los ciudadanos que en tales condiciones se hallan en la acertada elección de los administradores de los negocios públicos de una localidad en que transitoriamente se encuentran ó en que tienen únicamente intereses de poco momento y también transitorios y pasajeros? Nos parece, pues, indudable que este elemento no debe absolutamente tomar parte, directa ni indirectamente, en la gestión de los intereses permanentes de la localidad: introduciría sólo la perturbación y podría, á virtud de su número, contrarrestar la legítima influencia de los que verdadera necesidad tienen de una buena administración, es decir, de todos aquéllos que se encuentran radicados en la localidad y que en ella tienen los intereses á que nos hemos referido. En países tan adelantados como Inglaterra, sacado siempre y con sobradísima razón como ejemplo en materia de libre y correcta administración local, es un sistema restrictivo de sufragio el que, con magnífico éxito, domina en la elección de los consejos municipales. Si allá ha dado tan buenos resultados, tanto mejores los dará en nuestro

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

país, de deficiente progreso todavía y en el cual la ilustración sólo ahora comienza á difundirse.

Debe, pues, hacerse diferencia entre el cuerpo electoral para la elección municipal y el de las demás elecciones, diferencia fundada en que la primera se refiere á negocios de administración local, en que no todos están permanentemente interesados, y las demás, á intereses políticos, que todos los tenemos. Aun más, no estaríamos muy distantes de desear que se prescribiera, para llegar á obtener la calidad de elector municipal, la residencia de cierto número de años en la respectiva localidad, con el objeto de tener así una garantía de interés en la correcta gestión de los negocios locales. Desde que se exige cierta residencia para ser elegido municipal, lógico es también que se requiera para el cargo ó función de elector, ya que ella constituye, según lo dicho, una garantía de interés por la administración local, interés que debe tener tanto el administrador del municipio como el ciudadano que lo elige, si lo que se pretende es, al menos, una elección en buenas condiciones. Hágase diferencia, si se quiere, en el número de años de la residencia, pero prescríbase alguna, estableciéndose, verbigracia, una mayor para poder llegar á ser municipal, y una menor para tener derecho á elegir. Pero vamos entrando, hasta cierto punto, en detalles ajenos á nuestro propósito, y que el Legislador tomará ó nó en cuenta cuando llegue la oportunidad de tratar otra vez de la reforma.

Decíamos que la restricción que pedimos se impone como una medida justa y al mismo tiempo necesaria. Hemos establecido por qué la estimamos justa; desarrollando las ideas expuestas, tendremos la explicación del por qué, á nuestro juicio, es ella también necesaria.

No puede haber buena administración local si, á los demás, se anteponen los intereses políticos, ó si á lo menos estos intereses, si no antepuestos, se introducen en las Municipalidades como elementos de perturbación. La política, nada, absolutamente nada tiene que hacer en estas corporaciones: en ellas está fuera de camino, y tendrá que dar malos, pésimos resultados. La Municipalidad debe ser una institución esencialmente ad-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ministradora, y en ningún caso un cuerpo en que dominen sentimientos políticos. El municipal que en tales sentimientos se inspira, falta al más elemental de sus deberes y defrauda las legítimas expectativas de un pueblo entero.

Pues bien, la restricción del sufragio tendría, á nuestro juicio, una grandísima influencia en el sentido de arrancar de nuestras Municipalidades todo elemento político, y por lo mismo, extraño y perturbador. ¿Cómo? se nos dirá. De una manera muy sencilla: porque los interesados en introducirlo tendrían mucho menos campo donde ejercer sus influencias, y sí predominarían las de los que están más directamente preocupados en que la Municipalidad se limite á su natural y legítimo papel de administradora. Faltaría, entonces, y con muchísima ventaja, esa masa anónima, desprovista de intereses en la localidad, nómade, hasta cierto punto, si se nos permite la expresión, y que tan pronto se vende al partido A como al partido B. En el sufragio limitado que proponemos, se haría menos cuestión de partido ó de política, y sí más cuestión de nombres, de personalidades, precisamente lo contrario de lo que en la actualidad pasa. Habría siempre, evidentemente, bandos de determinados partidos, como en Inglaterra; pero, como en Inglaterra también, confiadamente lo creemos, no se haría política, y sí llegaría á hacerse mucha y buena administración, como que las Municipalidades derivarían entonces su mandato de un cuerpo electoral interesado, antes que todo, en resguardar sus intereses por medio de una correcta, amplia y provechosa administración. Entonces veríamos inmediatamente elevarse las Municipalidades; tendríamos corporaciones honradas, activas, vivamente preocupadas del bien común, llenas de prestigio y de popularidad, por lo mismo que sus miembros se elegirían entre los que más garantías prestaran de honradez, actividad y competencia. Lo anormal, lo imposible casi, dados los antecedentes, sería que de otro modo pasaran las cosas.

Si de los principios que acabamos de exponer, que tienen para nosotros toda la incontrastable fuerza de lo justo y de lo conveniente, si de lo que debió haber sido la reforma, descendemos á lo que ella es en sí y á lo que prácticamente significa,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nos encontramos con dificultades que no sabemos cómo, en la realidad de las cosas, vayan á resolverse.

Todo el peso del trabajo local va á recaer sobre un solo miembro de la municipalidad, sobre el primero de los alcaldes. No va á haber, pues, repartimiento de trabajos ni de responsabilidades: el primer alcalde va á cargar con todo, y, consiguientemente, de todo también va á responder. Es éste, á nuestro juicio, un enorme error de la ley, considérese el caso, ya bajo el punto de vista teórico ó científico, ya bajo el punto de vista práctico de los hechos.

¿Puede haber, preguntamos, verdadera y genuina descentralización, limitando, ó más exactamente, concentrando en las manos de una sola persona la gestión de los intereses locales? ¿No es acaso incompatible el personalismo que tal limitación importa con la división de atribuciones y de facultades, que son, puede decirse, inherentes á la correcta y legítima administración local? Nosotros afirmativamente lo creemos. El gobierno, ó más bien, la administración local, debe en efecto, residir en diversas manos; si fuera ello posible, convendría que toda la corporación municipal tomara parte activa, como en Inglaterra, en la administración de la ciudad sujeta á su vigilante celo, tanto más cuanto se trata de cargos gratuitos, y entonces, es no solamente conveniente, sino justo, justísimo que la tarea entre todos se divida, y consiguientemente también las responsabilidades. Debería dividirse, pues, la corporación en comisiones y, según las necesidades, en subcomisiones que tuvieran á un mismo tiempo facultades deliberantes y ejecutivas. Así el trabajo equitativamente se repartiría; se atendería más y mejor á los múltiples y á las veces complicados negocios municipales, y tendríamos como resultado general una más eficaz y provechosa administración. Semejante organización municipal, que es el ideal á que debemos aspirar, no tendría quizás fácil implantación en Chile; aun más, en muchos, en la mayor parte de los pueblos, tal vez ella no podría llevarse á la práctica con favorables resultados, dado el actual y poco satisfactorio personal de nuestras Municipalidades. Pero, si no esto, en cambio podemos, á nuestro juicio, pretender algo que no esté tan distante de tan legítima aspiración, como el poder exclusivo y personal del alcalde. Porque la con-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

centración en el primer alcalde de las facultades relativas á la administración local, no solamente nos sugiere observaciones teóricas, sino también y muy principalmente, dificultades prácticas que harán seguramente escollar, á lo menos en muchos departamentos, la transcendental reforma que esta ley encierra.

Se confiere, en efecto, al alcalde, como lo hemos dicho, la gestión de varios importantes servicios locales, con la responsabilidad consiguiente sin retribución de ninguna especie, sin tampoco aquella valiosa remuneración moral que se traduce en prestigio y popularidad para el mandatario que cumple activa, honrada y abnegadamente con sus deberes. Y decimos que carecerá de esta importante compensación á virtud del mismo modo como nuestras Municipalidades se eligen, en que el elemento político es principal y preponderante. Esta circunstancia tendrá necesaria y forzosamente que traer desprestigio, como hasta aquí, á la corporación entera y en especial al primer alcalde, su más genuino representante. Se le mirará, pues, con desconfianza por todos los vecinos del pueblo que no se verán representados en la Municipalidad; no encontrará en ellos facilidades para su importante labor, y sí tropiezos y obstáculos continuos; será, en una palabra, un cargo eminentemente pesado é impopular. No quiere esto decir que, dado un conjunto de peculiares y no ordinarias circunstancias deje de haber entre los alcaldes honrosas excepciones: las habrá indudablemente; pero como se comprende, no podemos nosotros referirnos sino á lo que general y ordinariamente ocurra.

Pues bien, es el caso de preguntar ahora si, atendidas las desfavorables circunstancias que rodean al cargo de alcalde y á que acabamos de referirnos, ¿será fácil encontrar siempre un ciudadano medianamente digno y competente, que quiera echar sobre sus hombros tanta carga, tanta responsabilidad, y tan poco ó ningun prestigio? No nos parece difícil contestar esta pregunta, tanto más cuanto que, por la misma continuidad y permanencia de su labor, sujeta naturalmente la ley al alcalde á una obligada residencia en el lugar de sus funciones, y tanto más todavía cuanto que, en muchos pueblos de nuestro país, los ciudadanos que con más fruto desempeñarían seme-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

jante cargo, son precisamente, personas ocupadas en trabajos agrícolas que no es posible desatender del todo.

Creemos, pues, que la elección, *en buenas condiciones*, del primer alcalde va á ser muy difícil, por no decir prácticamente imposible en multitud de casos. Si pues la ley presenta éste, á nuestro juicio, grave defecto, se hace entonces necesario estudiar la manera de remediarlo, en cuanto ello sea posible. Á este propósito, creemos nosotros que mucho se mejoraría la mala condición del alcalde, dividiendo ó más bien repartiendo las funciones que ahora legalmente le corresponden, ya que relativamente á las demás circunstancias desfavorables, inherentes al cargo mismo, no es posible pensar en mejorarlas, salvo que, de acuerdo con nuestra opinión, se reforme por su base el sistema electoral. No podemos, pues, fijarnos sino en el único elemento que la ley deja á nuestra disposición.

Dividiendo, repartiendo la labor del primer alcalde, tendría éste menos trabajo y menor número también de responsabilidades; y podría así, por lo tanto, hacerse su elección más fácil y fructuosamente que ahora. Nosotros dividiríamos las funciones de que tratamos en los tres alcaldes, elegidos entonces por la Municipalidad siguiendo el sistema del voto acumulativo. Así las funciones relativas á la administracion local se harían muchísimo más llevaderas; no se cometería la injusticia de hacer pesar sobre una sola persona toda la carga de una continua labor; y nos acercaríamos mucho más á la verdadera descentralización, ya que con el sistema propuesto desaparecería el poder personal y exclusivo del primer alcalde, y se repartiría en tres ciudadanos elegidos por el voto acumulativo, esto es, por el voto que da representación á todos los intereses, circunstancia favorabilísima que en la administración local, sobre todo, debe tenerse constantemente en cuenta. Así, además, y como lógica consecuencia, se remediaría, siquiera en parte, la impopularidad anexa al cargo de alcalde; concluiría, según lo tenemos ya dicho, el poder personal, que tan frecuentemente lleva á la intransigencia y al despotismo; desaparecería la injusticia chocante de hacer recaer sobre un solo funcionario no remunerado, todo el peso del gobierno local; y habría, en general, más contrapeso, más trabajo, y, para decirlo todo de una

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vez, más y mejor administración. La influencia del Poder central, del gobernador, además, se haría menos fácilmente sensible en tres que en un solo alcalde, tanto más cuanto que el sistema de elección á ellos aplicables, sería, según lo dicho, el del voto acumulativo.

Pero, así y todo, esto es, repartidas las funciones de primer alcalde en los tres, elegidos por la Municipalidad según el sistema del voto acumulativo, siempre tendrían las corporaciones locales el mismo defecto de origen, la misma viciosa base electoral, y siempre serían, por consiguiente, móviles principalmente políticos los imperantes en la elección de los miembros de aquellas corporaciones. El alcalde elegido en tales condiciones, carecerá, pues, de prestigio y de popularidad; se le mirará, antes que todo, como caudillo político, llevado á la Municipalidad con el principal objeto de servir intereses también políticos, y para gastar complacencias, antes que con sus administrados, con el Presidente de la República, representado, en cada departamento, por el respectivo gobernador. En semejantes condiciones, no inspirará confianza á los vecinos de la localidad, carecerá, en absoluto, de prestigio moral, y tendrá que encontrar á cada paso, mala voluntad y dificultades de todo orden. Entonces, el mismo alcalde, no sintiéndose en el sólido terreno de la consideración y afecto públicos; conociéndose, él mejor que nadie, como instrumento político, elegido sin atención á los verdaderos intereses de la administración local; encontrando por todas partes desconfianzas y recelos, se desinteresará muy luego de una administración que ningún beneficio le trae, y sí mucho trabajo, frecuentes desvelos, ninguna retribución, y, por último, ningún ascendiente ni prestigio entre sus administrados. Por el contrario, si el mandato de la Municipalidad, y, por consiguiente, del alcalde, se originara exclusivamente de un cuerpo electoral, preocupado en la conservación y desarrollo de sus bienes y de sus intereses; que pospusiera, por lo tanto, las consideraciones políticas ante las bien entendidas conveniencias administrativas, y que, inspirándose en dichas conveniencias, eligiera para las corporaciones locales ciudadanos probos, diligentes, ilustrados, que serían, naturalmente, los vecinos más respetables de la localidad, ¡cómo ganaríamos en administración

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pública y cuán distinto sería el papel desempeñado por los miembros de los consejos municipales y, consiguientemente, por el alcalde ó los alcaldes! Entonces, el importantísimo factor de la confianza pública daría prestigio y popularidad al magistrado que con ella naturalmente contaría. El alcalde encontraría así fácil y expedito su camino; se le miraría como el genuino representante de la localidad, y dispondría de la buena voluntad y eficaz ayuda de todos los vecinos. Es realmente increíble lo que puede hacer un funcionario honrado y diligente, que tenga la confianza y buena voluntad de sus subordinados. Y tan favorable resultado tendría forzosamente que ser la consecuencia de una reforma basada en la exclusión del elemento electoral que vicia las elecciones; del elemento esencialmente político de que las influencias del gobierno y de los partidos echan mano para contrarrestar la legítima influencia de los vecinos preocupados de una buena administración; de ese elemento, en fin, que, por lo mismo que carece de intereses permanentes en la localidad, no debe absolutamente tomar parte en la elección de los llamados á velar, antes que todo, por dichos intereses.

La reforma electoral que pedimos como una medida de justicia y de necesidad, habría de dar, nos parece,—contrariamente á lo que en materia de reformas normalmente ocurre,—desde su implantación, buenos, excelentes resultados. Y si no inmediatamente, muy luego los daría. La administración municipal, hasta aquí lánguida y perezosa, adquiriría benéfica é inusitada actividad; los resortes de la máquina administrativa, entorpecidos hasta ahora, girarían más rápidamente para llegar á adquirir, al cabo de no muchos años, su regular y expedita marcha. Los vecinos, como que de ellos dependería la elección de los llamados á velar por sus propiedades é intereses, se preocuparían vivamente de la cosa local, ó, á lo menos, muy pronto tendrían necesariamente que preocuparse: la administración sería entonces de los administrados; habría más contacto entre el administrador y sus subordinados; aquél se inspiraría en la voluntad de éstos; se restablecería así la mutua confianza, tan indispensable, y llegaríamos entonces á tener diligentes y honrados ciudadanos al frente de la administración local, sostenidos por la popularidad y por el prestigio que naturalmente

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

inspirarían, y, sobre todo, por la buena voluntad y recursos que los vecinos habrían de depositar en funcionarios que para ellos fueran completa y absoluta garantía.

Constituirían así también las Municipalidades verdaderas escuelas de administración y de civismo. La gestión de los negocios locales serviría de antecedente y de enseñanza para el gobierno y administración general del país. Es ésta una de las grandes ventajas de las libres y bien organizadas instituciones municipales. El ciudadano aprende en ellas á tener una parte, tan reducida como se quiera, en la administración de su país, con iniciativa y responsabilidad propias. Y tanto más sensibles serían estos favorables resultados, cuanto que, perteneciendo la elección de los consejos municipales sólo á los ciudadanos permanentemente interesados en la buena gestión de los negocios comunales, habrían de figurar en las Municipalidades los vecinos que más se distinguieran como honradez, ilustración y competencia. Habría, entonces, más garantía de que verdadero empeño se pusiera en el cumplimiento del deber; se estudiaría más también; se compararían las diversas prácticas é instituciones de las demás localidades, libremente administradas; habría, finalmente, verdadero interés por llenar lo mejor posible el importante cometido de administrador local. Y esto, que sería un bien para el departamento, redundaría, naturalmente, en inapreciable beneficio para el país entero. De la administración local,—y no sería éste el menor de los bienes,—saldrían, pues, ciudadanos ya con bastante competencia para los negocios más importantes relativos al gobierno y administración general de la República.

José A. Alfonso

(Concluirá)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

¿TIENE MÉRITO EJECUTIVO LA CONFESIÓN FICTA ó presunta, esto es, la que la ley da por hecha en pena de no comparecer el demandado á prestarla?

Santiago, 18 de junio de 1888.

SEÑOR DON ENRIQUE C. LATORRE

Presente

Estimado señor y colega, correspondiendo á la invitación que por tercera ó cuarta vez se ha servido Ud. hacerme para colaborar en la REVISTA de Legislación y Jurisprudencia que Ud. dirige, le envío, junto con mis excusas por no haber cooperado antes de ahora á la obra emprendida por Ud. con tanto acierto como entusiasmo, algunas observaciones sobre una cuestión de Derecho fallada recientemente por uno de los Tribunales de Alzada, para que algunos de los lectores de la REVISTA puedan dilucidarla con mejor preparación que yo y con más detenimiento que el que mis obligaciones me permiten.

La cuestión aludida puede plantearse como sigue:

¿Tiene mérito EJECUTIVO *la confesión ficta ó presunta, esto es, la que la ley da por hecha en pena de no comparecer el demandado á prestarla?*

El decreto supremo con fuerza de ley de febrero 8 de 1837 que reglamenta el procedimiento ejecutivo, dispone en el artículo 2.º que trae aparejada ejecución la *confesión judicial de la parte*, esto es, según la definición que de ella hace la ley 1.ª, título 13, Partida 3.ª, «la respuesta de otorgamiento que faze la una parte á la otra en juyzio».

«Muchas cosas (agrega la ley 4.ª del mismo título y Partida) ha menester que haya en sí la conocencia (confesión) que fuere fecha en juyzio, *para tener daño á aquel que la faze é pro á su contendor*, á saber, entre otras, que la faga de su grado, é non

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

por premia; é á sabiendas, é non por yerro; que sea dicha en *cierto* sobre cosa ó cuantía ó fecho; é sobre todo que sea fecha en juyzio estando su contendor ó personero delante.»

Tales son algunos de los requisitos que debe reunir la confesión, para que tenga el valor que *en general* le atribuyen las leyes.

Pero por excepción y con referencia á casos concretos y determinados, la ley requiere, además, que la confesión esté revestida de otras condiciones aconsejadas por la naturaleza de la cuestión ó del procedimiento á que ella está sometida.

Cuando la confesión debe servir de base, por ejemplo, á un juicio sumario, como es el ejecutivo, exige la ley 4.ª, título 28, libro II de la Novísima Recopilación, que trata de las *confesiones que traen aparejada ejecución*, exige, repito, que las confesiones fechas ante juez competente, sean *claras*.

La razón de esta exigencia, que salta á la vista del menos perspicaz, es, sin duda, la de poner al reo á cubierto de las sorpresas á que es ocasionado el procedimiento breve y sumario establecido para las cobranzas ejecutivas, en las cuales apenas se da al demandado el derecho de ser oído y de defenderse, puesto que hasta el término de prueba es restringido y limitado á lo absolutamente indispensable.

Esas circunstancias por una parte, y por otra la consideración de que solamente en casos excepcionales puede ser necesario basar una acción ejecutiva en la simple confesión, puesto que excediendo la obligación de doscientos pesos en materia civil, debe consignarse por escrito, indugeron, sin duda, al Legislador á exigir que para que la confesión tenga mérito ejecutivo debe ser *clara*, esto es, no dudosa ni ambigua.

Como la *ficta* ó *presunta* no es clara ni precisa, porque no puede ser lo uno ni lo otro una confesión que no se ha hecho y que solamente se considera tal por mera ficción, deducen los más autorizados tratadistas y comentadores de la citada ley de la Novísima, que la dicha confesión ficta ó presunta no tiene mérito ejecutivo.

Para mayor autoridad reproduzco en seguida literalmente las opiniones de los tratadistas más familiares, que son sin duda las más prestigiosas:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Escriche en su reputado *Diccionario de Legislación*, en el capítulo cuyo epígrafe es, la acepción Instrumento Ejecutivo, dice: "no trae aparejada ejecución según se infiere de lo dicho, la confesión ficta ó presunta, que es la que el Derecho estima hecha por no declarar el deudor ó no declarar conforme se debe."

Tapia, el autor de *Febrero Novísimo*, refiriéndose á la misma cuestión en la página 25 del volúmen 5.º (edición de Valencia, 1829) dice: "No es ejecutiva la confesión que en pena de la contumacia tiene la ley por hecha, aunque algunos dicen que sí porque se tiene por confeso al contumaz, con tal que se le cite para que la haga."

Y finalmente, Hevia Bolaños en la *Curia Filípica* (pág. 114, edición de Madrid, 1841) dice también: "síguese asimismo, que la confesión ó reconocimiento ficto causado por contumacia de no lo hacer, *aunque para ello preceda mandato y citación*, no trae aparejada ejecución."

Sin embargo, en el fallo á que aludí al principiar, la Primera Sala de la Corte de Apelaciones ha hecho prevalecer la doctrina opuesta, prescindiendo de aquellas opiniones tan autorizadas y de otras circunstancias poderosísimas que concurrían en el caso concreto de que se trataba, á manifestar las peligrosas consecuencias de la opinión sancionada por el Tribunal.

La referida sentencia, que puede consultarse en la *Gaceta de los Tribunales* del 19 de mayo último, recayó en un juicio sustanciado en la forma siguiente:

Don N. N. expuso en su primer escrito que era socio gerente de una negociación con Z. Z., la cual, por fallecimiento de éste, se había liquidado con sus herederos, quedando el primero dueño de todas las existencias; que vendió en seguida dichas existencias á doña X. X., representada por un mandatario, en trece mil quinientos pesos, y que á pesar de haberle entregado las mercaderías, no ha podido obtener el pago del precio estipulado. Deseando hacer uso del derecho que la ley me confiere, agregó, suplico á V. S. que se sirva citar al mandatario de doña X. X. para que confiese bajo juramento la deuda expresada, bajo apercibimiento de darla por reconocida en su rebeldía.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

No compareció á la citación el demandado y se despachó entonces mandamiento de ejecución y embargo; pero el ejecutado apeló del auto respectivo y dedujo en tiempo la excepción de insuficiencia del título, ó, mejor dicho, la de falta de título, pues que no era tal la pretendida confesión.

Esta excepción fué desechada en primera instancia, y el Tribunal de Alzada confirmó el mandamiento de embargo y la sentencia de trance y pago, pero sin consignar los fundamentos de la opinión que prevaleció en el concepto de los miembros del Tribunal, á pesar de que la sentencia de primera instancia era por demás deficiente, pues que se limitaba á establecer el hecho de la confesión de la deuda, por haberse dado lugar á la rebeldía que se acusó al ejecutado.

Con ó sin razón, se ha sancionado, pues, prácticamente y de una manera explícita, la doctrina de que la confesión ficta ó presunta, esto es, la que por ficción se supone hecha, da mérito para proceder ejecutivamente, y *que puede iniciarse el procedimiento ejecutivo sin título de ninguna clase,* bastando la exposición del ocurrente en caso de descuido ú olvido del llamado á hacer la confesión.

Más aun, en el caso concreto á que me estoy refiriendo, medió otra circunstancia que debe tenerse presente para estimar en toda su importancia el alcance de la doctrina sancionada y la latitud de los efectos atribuídos á la confesión presunta.

El mismo ejecutante exhibió durante el encargado un documento suscrito por el ejecutado con relación á la misma deuda, concebido como sigue: «Como representante de la señora X. X. me comprometo á pagar á don N. N. la cantidad de trece mil quinientos pesos, valor de mercaderías que entregó en Paposo á la sucesión de don Z. Z. y que tomó mi representada. *En ocho días más podré decir á don N. N. la fecha en que le cubriré este valor, por esperarse saber la resolución del juez partidor sobre entrega de los aportes de la señora X. X.*—Firma del mandatario.»

La obligación no era, pues, de plazo vencido y no podía por tanto exigirse, y no obstante y á pesar de haber sido exhibido el documento por el mismo ejecutante, el Tribunal prescindió absolutamente de él, lo que á mi juicio entraña un peligro ma-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

yor que el que puede resultar de la doctrina respecto al mérito en general de la confesión presunta, porque se desprende de esa circunstancia que el acreedor á cuyo favor se ha extendido un documento, no está obligado á exhibirlo para iniciar la cobranza, pudiendo tentar el arbitrio de pedir simplemente la confesión de la deuda, lo que en muchos casos puede convenir al ejecutante, ya porque el documento no puede tener mérito ejecutivo aunque lo reconozca el otorgante, por no estar otorgado en forma legal ó por otra causa, ó ya por otras circunstancias de naturaleza distinta.

De todos modos, se desprende del procedimiento aceptado por el Tribunal, que no pudiendo tener mérito ejecutivo un documento, por más de una causal, puede perseguirse ejecutivamente la obligación consignada en él, aunque conste que no es exigible, bastando para ello que el deudor por cualquiera causa no comparezca á la citación para confesar la deuda.

Más aun, la doctrina sancionada en el referido litigio, anula en absoluto los efectos del vicio de origen de los documentos que se otorgan en contravención á las leyes de papel sellado y de impuesto mobiliario.

Tales documentos no pueden tener mérito ejecutivo, pero como ello no obsta para que se pida su reconocimiento, nada impedirá burlar las prescripciones legales que los privan de mérito ejecutivo, porque con arreglo á la doctrina autorizada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones, puede el acreedor prescindir del documento mismo y apoyar la acción ejecutiva en el reconocimiento hecho por el deudor, que indisputablemente es una confesión judicial.

En una palabra, á pesar de que el documento en que está consignada la obligación, no puede tener mérito ejecutivo, es susceptible de perseguirse ejecutivamente la dicha obligación.

Ello es, á mi humilde juicio, un contrasentido, ó por lo menos, entraña tan graves peligros, que sinceramente deseo no ver propagada la teoría sancionada por el indicado Tribunal, en el caso á que me he referido.

Siendo esta cuestión digna de un detenido estudio, me ha parecido conveniente llamar sobre ella la atención de los lecto-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

res de la REVISTA, sin otro interés, por cierto, que el que despierta en los hombres de la profesión el estudio de las cuestiones legales susceptibles de opiniones encontradas.

Soy de Ud. A. S. S.

ISMAEL VALDÉS VERGARA

EN LAS PARTICIONES DE BIENES ¿ES APLICABLE el artículo 1,489 del Código Civil? ¿Hay acción resolutoria en una partición de bienes por falta de pago del precio de adjudicación?

I

Esta cuestión es sumamente grave y sobre ella no podemos decir la última palabra; sin embargo, debemos tratarla á fin de que inteligencias más elevadas se ocupen de ella y la ilustren con sus conocimientos.

Sólo un fallo hemos encontrado á este respecto, y creemos que lo mejor es copiarlo á la letra.

"Santiago, 21 de junio de 1883.—Vistos: Considerando: que la adquisición hecha por don José Vicente Larraín Espinosa en las particiones de los bienes de su mujer doña María Rosa Portales, de la hijuela número 1, fué á título de adjudicación y no de compra, porque así lo dice el acuerdo de los coherederos corriente desde foja 1; porque así lo dice el laudo corriente á fojas 4; y porque don Vicente Larraín era uno de los comuneros y la asignación de la cosa común hecha á un comunero se llama adjudicación y no compra-venta;

"Considerando: que no puede haber venta donde ninguno de los partícipes adquiere nada de los demás, pues el lote que por la partición se le asigna le pertenecía ya á virtud de un título preexistente;

"Considerando: que la disposición del artículo 1,489 del Código Civil, que dice: "en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado", no es aplicable á las obligaciones que nacen de un juicio divisorio, ó

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sea, de un laudo pasado en autoridad de cosa juzgada; porque no hay contra las sentencias recursos resolutorios sino de nulidad y de apelación;

"Considerando: que el juicio divisorio y la adjudicación constituyen una serie de acuerdos que no pueden destruirse por partes ni pueden modificarse sin el concurso ni audiencia de todos los interesados, y en el presente caso sólo se presentan dos pidiendo la resolución;

"Considerando: que asimilada la adjudicación á la venta, la acción resolutoria ó pacto comisorio habría prescrito por el transcurso de cuatro años, según el artículo 1,880 del Código Civil;

"Considerando: que aunque se considere de nulidad ó rescisión la acción entablada, también ha prescrito por el lapso de cuatro años; á lo que se agrega que esa acción es inadmisible porque don Álvaro Larraín ha enajenado varias partes de su cuota (art. 1,351), como se ve en el certificado de fojas 142.

"Por estos fundamentos legales se declara sin lugar la demanda de fojas 7.—HENRÍQUEZ.—*Rengifo*, secretario."

La Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmó este fallo; pero con considerandos de otra naturaleza es decir, dando más fuerza á las teorías, pero para arribar al mismo resultado.

Hé aquí esa sentencia:

"Santiago, 20 de junio de 1884.—Vistos: Considerando: 1.° Que entre los diversos lotes ó hijuelas en que, para llevar á efecto la partición, se dividieron los bienes de la sociedad conyugal habida entre doña María Rosa Portales y el marido de ésta don José Vicente Larraín, se formó una que se denominó hijuela de censos y deudas por valor de noventa y dos mil quinientos diezinueve pesos cuarenta y siete centavos, compuesta, entre otras cosas, de la hijuela número 1 de la quinta de Santiago, avaluada en ochenta y siete mil ochocientos noventa y tres pesos setenta y tres centavos;

"2.° Que la dicha hijuela de censos y deudas fué adjudicada por el partidor, conforme á lo acordado por los copartícipes, al padre común, el mencionado don José Vicente Larraín, quien, según se expresa en la resolución copiada á fojas 4, "responderá por todo quedando los demás partícipes libres de toda responsabilidad y saneadas sus respectivas hijuelas, debiendo proceder en un breve término á practicar la liberación."

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"3.° Que don José Vicente Larraín adquirió sólo por acto de partición la propiedad de los inmuebles y demás objetos que componían la hijuela de censos y deudas, puesto que la adjudicación se efectuó en virtud de la división y distribución que de los bienes comunes practicó el partidor en conformidad á los acuerdos celebrados por los comuneros;

"4.° Que no obsta á la consideración anterior la circunstancia de que el adjudicatario don José Vicente haya contraído para con sus copartícipes la obligación personal de pagar los censos y deudas á que estaba afecta la masa partible, porque las deudas hereditarias ó testamentarias de que cada partícipe es responsable, ó los acuerdos que sobre la distribución de dichas deudas celebran entre sí los copartícipes, y en virtud de los cuales se obligan personalmente, no alteran la naturaleza del acto en virtud del cual han adquirido la propiedad exclusiva de las especies comunes que respectivamente se les adjudica;

"5.° Que establecido el antecedente de que don José Vicente Larraín ha adquirido la propiedad de la hijuela de censos y deudas por un acto de partición, la cuestión actual queda reducida á determinar si es ó nó procedente la resolución de la adjudicación de la hijuela número 1 de la quinta de Santiago, que es la única de las especies comprendidas en la hijuela de censos y deudas, á que se refiere la demanda.

"6.° Que la ley no subordina las particiones ó las adjudicaciones en partición á ninguna condición resolutoria especial; y al establecer las acciones ó recursos legales que pueden deducirse contra dichas particiones ó adjudicaciones, no menciona entre ellos la acción resolutoria.

"7.° Que no son aplicables á las particiones la disposición del artículo 1,489 según el cual "en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado", ni la del artículo 1,873, según el cual puede resolverse la venta cuando el comprador estuviere constituído en mora de pagar el precio, porque el artículo 1,344 dispone que "cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubiesen cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión".

"8.° Que del principio consignado en el artículo 1,344, aplicable también á la división de los bienes de la sociedad conyugal, conforme á lo dispuesto por el artículo 1,778, se infiere manifiestamente que, produciendo la partición el efecto de convertir el derecho que cada asignatario ó comunero tiene proindiviso á toda la cosa común en propiedad exclusiva de la parte que se le adjudica, dicha propiedad

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

exclusiva se retrotrae á la fecha en que se empezó la indivisión y ha sido transmitido directa y exclusivamente por el antecesor, sin que en esta transmisión hayan tenido parte alguna los coasignatarios ó copartícipes.

"9.° Que en consecuencia de lo expuesto, debiendo don José Vicente Larraín reputarse dueño de la hijuela número 1 de la quinta de Santiago desde que empezó para él la indivisión, y que la ha adquirido directa y exclusivamente de su antecesora en el dominio, no pueden proceder las acciones resolutorias establecidas por los citados artículos 1,489 y 1,873, porque el adjudicatario don José Vicente no ha adquirido la propiedad de la hijuela antes mencionada en virtud de un contrato bilateral celebrado con sus copartícipes, en el cual proceda la acción resolutoria, ni en virtud de un contrato de venta celebrado con los mismos.

"10. Que si bien el artículo 1,353 dispone que "el partícipe que no quisiere ó no pudiere intentar la acción de nulidad ó rescisión, conservará los otros recursos legales que para ser indemnizado le correspondan", no puede entenderse comprendida en esta disposición ninguna condición resolutoria, porque el efecto de ésta, una vez cumplida, no es el pago de indemnizaciones, sino la restitución de lo que se hubiere recibido bajo tal condición, como lo dispone el artículo 1,487.

"11. Que siendo la nulidad ó rescisión los únicos medios establecidos por la ley para dejar sin efecto las particiones, al referirse en el artículo 1,353 antes citado á otros recursos legales, deben entenderse aquéllos que dejando subsistente la partición, sirvan al partícipe perjudicado para demandar la indemnización que le corresponda, lo que no sucedería con la acción resolutoria mediante la cual, contra el propósito manifiesto de la ley, se resolvería la partición.

"12. Que siendo en consecuencia de lo expuesto anteriormente, improcedente la acción resolutoria formulada en la demanda, no tiene objeto la resolución de este Tribunal sobre la excepción de dicha acción deducida por el demandado.

"Con arreglo á las precedentes consideraciones y disposiciones citadas, se confirma, con costas del recurso, la sentencia apelada de 21 de junio de 1883, corriente a fojas 248, en cuanto declara sin lugar la demanda.

"Devuélvase y publíquese.—Acordada con el voto de los señores presidente Barceló y ministros Vergara Donoso y Sanhueza, disintiendo el señor ministro Alfonso, que opinó por la revocación de la sentencia y se diera lugar á la demanda por los fundamentos que consigna

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en el libro de acuerdos.—Barceló.—Alfonso.—Vergara Donoso.—Sanhueza.»

II

Al copiar la anterior sentencia, es preciso que se conozca el voto del señor don José Alfonso y es como sigue:

«VOTO ESPECIAL

«En el juicio promovido por don Álvaro Larraín, por sí y en representación del insano José Diego Larraín contra el Banco de D. Matte y C.ª y el síndico del concurso formado á los bienes de don José Vicente Larraín sobre resolución de una adjudicación hecha á favor de este último al partirse los bienes de la testamentaría de doña María Rosa Portales, mujer de don José Vicente y madre de los demandantes, el ministro que suscribe ha sido de dictamen que debe revocarse la sentencia de primera instancia y accederse á la acción resolutoria.

«Según el precepto del artículo 1,348 del Código Civil, *las particiones se anulan y se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos.* Por consiguiente, cualesquiera que sean los puntos de semejanza ó de diferencia que haya entre los contratos y los actos de partición, es un hecho incontrovertible y fuera de discusión, en presencia de este texto explícito y terminante, que la ley ha querido equiparar los unos á los otros para los efectos de la nulidad y de la rescisión.

«Aparte de estos dos arbitrios, la ley autoriza al partícipe que no pudiere ó no quisiere hacer uso de ellos, para emplear *los otros recursos legales que para ser indemnizado le correspondan* (art. 1,353).

«Entre estos recursos ¿figura la acción resolutoria? Para el que suscribe, evidentemente sí.

«En primer lugar, la ley se ha referido en esta disposición á *los otros recursos legales* en general, sin limitación ni reserva alguna. No habría cómo, sin separarse de su precepto, introducir en él excepciones que hicieran aceptables unos recursos é inaceptables otros, porque cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, á pretexto de consultar su espíritu.

«En segundo lugar, el mismo espíritu de la ley aconseja en este caso encontrar procedente la acción resolutoria, porque como se ha visto, los actos de partición han sido equiparados á los contratos, y en éstos, siendo bilaterales, va por regla general envuelta la condición de no

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. En el acto de partición que ha dado mérito al juicio, las partes que lo ejecutaron se han obligado recíprocamente, puesto que los herederos de la señora Portales convinieron en que se entregase al padre común una hijuela de cierto valor con la condición de que éste respondiera de ciertos gravámenes, y la acción resolutoria ha sido deducida precisamente porque esta condición no fué cumplida.

"En tercer lugar, no puede aceptarse que el artículo 1,353 del Código, al referirse á los otros recursos legales, no ha comprendido la resolución del acto ó contrato á consecuencia de haber hablado de los recursos que *para ser indemnizado correspondan* al copartícipe que no pudo ó no quiso emplear la nulidad ó la rescisión. La acción resolutoria se propone precisamente alcanzar esa indemnización, de tal suerte que, declarada, lleva por necesidad consigo la reparación de todo perjuicio. Deshaciendo lo hecho, esta acción tiende á dejar indemne á la parte, cuyo derecho ha sido herido por la infracción ó falta de cumplimiento de lo estipulado. Por manera que el precepto legal antes citado comprende á la resolución más especial y determinadamente que á cualquier otro recurso, desde que esa acción tiene por único fin y objeto salvar de todo perjuicio á la parte que ha sido fiel á sus compromisos.

"No obsta, por otra parte, á la procedencia de esta acción que, según el artículo 1,344, cada asignatario se repute haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión. Entendida literalmente esta regla, no sólo echaría por tierra el precepto del artículo 1,353, sino que haría desaparecer varias otras disposiciones del Código. Es sabido que el adjudicatario que es perturbado en el objeto que le cupo en la partición tiene derecho para que sus coasignatarios le saneen la evicción, y que el que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota puede hacer valer la rescisión por causa de lesión. ¿Á qué queda entonces reducido aquello de haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión? Lo cierto es que cada adjudicatario, á pesar de esto, puede reclamar que los otros le saneen la evicción respecto de la especie que se le ha adjudicado, y que le enteren el valor de su cuota cuando ha sido perjudicado en más de la mitad de su valor, lo que sería tan incomprensible como inaceptable, si fuera efectivo que sus copartícipes no hubieran tenido jamás interés en parte alguna en los efectos que han dado méri-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

to al saneamiento por evicción y á la rescisión por lesión enorme.

«Del mismo modo la regla del artículo 1,344 no puede anular la del 1,353, que, siendo posterior, debería en todo caso prevalecer, aun en la hipótesis de que hubiera entre ellos incompatibilidad, que no existe. Al establecer cierto sistema en materia de particiones, el Legislador ha determinado en seguida claramente el sentido en que debe ser entendido y aplicado, ó más bien, el alcance que debe atribuirse á la ficción que ha inventado.

«Lo cierto es también que, teniendo sólo interes en la cosa adjudicada, cada adjudicatario puede atacar por nulidad ó rescisión cada una de las otras adjudicaciones.

«Se ve manifiestamente que junto con establecer el principio del artículo 1,344, el Código ha querido resguardar en las particiones todo interés legítimo, y sin duda es de esta clase el que origina la acción resolutoria que constituye una salvaguardia en los actos válidamente celebrados. Esta acción existe en los contratos bilaterales, y ya se ha manifestado de qué clase es la estipulación de que se ha derivado este juicio; existe en la compra-venta, y ha podido verse, por el saneamiento, por la evicción y por la rescisión por lesión enorme, cómo se equipara para estos efectos á la compra-venta con dicha estipulación.

«Habiendo opinado la mayoría del Tribunal que, desestimando la acción resolutoria, no tenía para qué pronunciarse sobre la prescripción deducida por los demandados, el que suscribe se ve en el caso de prescindir de este punto.—Santiago, 20 de junio de 1884.—Alfonso.»

III

Como nuestro objeto no tan sólo es insinuar las cuestiones y citar algunos fallos que las ilustren, sino también emitir nuestra opinión, séanos entonces permitido darla á este respecto. Ella está conforme con la emitida por el señor Alfonso en el voto que antecede.

En efecto, si el artículo 1,489 es una regla general para las obligaciones condicionales y modales, no nos imaginamos cómo entonces pueden sustraerse de caer bajo el imperio de esa disposición, las adjudicaciones que se hacen en partición, cuando para su adquisición va impuesta la condición de pago de alcances. Esto equivaldría entonces á quitar un derecho á los que han consentido en esas adjudicaciones, creyendo que el adqui-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

rente cumpliría sus obligaciones. La pérdida de ese derecho sería el no poder resolver ese contrato por falta de pago, y, en tal caso, los coherederos no tendrían sino la facultad de cobrar lo que se les deba; pero si el heredero ha enajenado la cosa y no estaba inscrita la obligación, ¿no es verdad que el perjuicio recibido sería notable?

Hé aquí porque, á pesar de ese fallo, mantenemos la opinión de que en las particiones tiene aplicación el artículo 1,489 ya citado, cuando el adjudicatario no cumple lo pactado, base sobre la cual descansó el convenio, y siempre que por no haber otras excepciones en el adjudicatario para rechazar esa acción, sea procedente la resolución del contrato.

Concluiremos diciendo que, uniéndonos á la opinión del señor Alfonso, por ahora mantenemos la creencia de que existe la acción resolutoria en las particiones de bienes por falta de pago en el precio de lo adjudicado, si ella no se destruye con otras excepciones preferentes que acuerde la ley al deudor, como sería, por ejemplo, la prescripción, etc.

ROBUSTIANO VERA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

BIOGRAFÍAS DE ABOGADOS NOTABLES

DON ENRIQUE COOD

(Continuación)

La objeción del señor Cood relativa á este artículo dice como sigue:

"Los párrafos 2.º y 3.º pueden, y me parece que deben formar uno solo y contener una sola disposición.

"El primero de dichos párrafos, tal cual está concebido, establece una regla vaga é indeterminada. Entre dos planos verticales, aunque sean paralelos, se pueden medir infinitas distancias; y la ley se refiere sólo á la menor. De donde se deduce que, ya sean paralelos ó nó los planos, la medida se aplica siempre á la menor distancia.

"*Esta medida se aplicará á la menor distancia entre el plano vertical, etc., y el plano vertical de la línea divisoria de los dos predios.*"

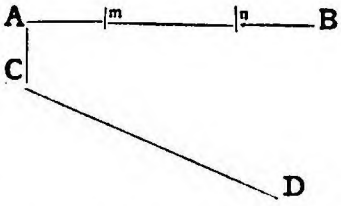
Don Andrés Bello contestó de este modo:

"Yo entiendo que la distancia entre dos planos paralelos es la perpendicular que se tire de uno de ellos al otro, la cual no puede ser mas que una.

"Si no son paralelos, es necesariamente varia la distancia, según el punto que se elija. Dos planos paralelos pueden representarse por dos líneas rectas paralelas AB, CD: la perpendicular, y, por consiguiente, la distancia es una misma en cualquier punto que se elija.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"No así en las dos líneas:



"En el punto *m* la distancia es mucho menor que en el punto *n*.

"La menor distancia en este caso se mide por la línea AC.

"Si esto no satisface, pueden reducirse los dos párrafos á uno solo, conservando en todas sus partes la disposición."

***

ARTÍCULO 941 (Proyecto de 1,855.)

El dueño de una casa tiene derecho para impedir que cerca de sus paredes haya depósitos ó corrientes de agua, ó materias húmedas que puedan dañarla.

Tiene asimismo derecho para impedir que se planten árboles á menos distancia que la de quince decímetros, ni hortalizas ó flores á menos distancia que la de cinco decímetros.

Si los árboles fueren de aquellos que extienden á gran distancia sus raíces, podrá el juez ordenar que se planten á la que convenga para que no dañen á los edificios vecinos: el MÍNIMUM *de la distancia señalada por el juez será de cinco metros.*

Los derechos concedidos en este artículo subsistirán contra los árboles, flores ú hortalizas plantadas, á menos que la plantación haya precedido á la construcción de las paredes.

Observación del señor Cood:

"La palabra *mínimum* debe ser *máximum*.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Razón:

"El inciso 2.º establece la regla general,—mediará la distancia de quince decímetros ó *metro y medio* cuando menos, tratándose de árboles.

"El inciso 3.º habla de un caso especial y supone que el tamaño ó naturaleza particular del árbol exija que medie una distancia mayor de la ordinaria. Por consiguiente, quedando al arbitrio del juez determinar la distancia en este caso, la ley no ha podido fijarle un *mínimum*, sino el *máximum*, que era lo que quedaba indeterminado.

"De otro modo:—Entre uno y medio metro y cinco metros, no habría término medio posible."

Contestación de don Andrés:

"*Mínimum* es errata. Este artículo era el 1,105 á cuyo pie están escritas de mi letra las enmiendas acordadas por la Comisión y en ellas dice claramente *máximum*. Ignoro si en las copias pasadas después á los señores de la Comisión está así. Yo no tengo sino las del libro IV. Pero indudablemente es *máximum* lo acordado por la Comisión."

***

ARTÍCULO 1,000 (Proyecto de 1,855).

Toda donación ó promesa que no se haga perfecta é irrevocable sino por la muerte del donante ó promisor, ES UN TESTAMENTO, *y debe sujetarse á las mismas solemnidades que el testamento. Exceptúanse las donaciones ó promesas entre marido y mujer, las cuales, aunque revocables, podrán hacerse bajo la forma de los contratos entre vivos.*

Don Enrique Cood hizo respecto á este artículo la observación que en seguida se reproduce:

"Parece que debe omitirse la frase *es un testamento*, porque con las palabras siguientes *debe sujetarse, etc.*, está indicado todo lo que se quiere expresar.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Será un testamento si se han observado todas las solemnidades requeridas por Derecho; y no lo será, si no se han observado.

"Con decir *debe sujetarse, etc.*, se significa suficientemente que esa clase de donaciones es materia de testamento; se considera como disposición testamentaria."

Don Andrés Bello contestó en los términos siguientes:

"Soy de opinión que debe subsistir la redacción; *es un testamento:* quiere decir, *produce todos los efectos del testamento.* Una disposición pudiera haberse otorgado con todas las solemnidades que se prescriben para hacer un testamento y sin embargo no producir iguales efectos, no dar las mismas acciones ó excepciones, no ser gravada con los mismos impuestos fiscales, etc., etc. Una declaración á este respecto es necesaria, y es la que se halla contenida en la cláusula á que se refiere la observación."

***

ARTÍCULO 1,832 (Proyecto de 1,855).

Si se vende el predio con relación á su cabida, y la cabida real fuere mayor que la cabida declarada, deberá el comprador aumentar proporcionalmente el precio; SALVO QUE ENTRE EL PRECIO TOTAL Y EL PRECIO DE LA CABIDA QUE SOBRE, HAYA UNA DIFERENCIA DE MÁS DE UNA DÉCIMA PARTE DEL PRECIO TOTAL; *pues en este caso podrá el comprador, á su arbitrio, ó aumentar proporcionalmente el precio ó desistir del contrato; si desiste, se le resarcirán los perjuicios según las reglas generales.*

Y si la cabida real es menor que la cabida declarada, deberá el vendedor completarla; y si esto no le fuere posible, ó no se le exigiere, deberá sufrir una diminución proporcional del precio; PERO SI ENTRE EL PRECIO TOTAL Y EL PRECIO DE LA CABIDA QUE FALTE, HUBIERE UNA DIFERENCIA DE MÁS DE UNA DÉCIMA PARTE DEL PRIMERO, *podrá el comprador á su arbitrio, ó aceptar la diminución del precio ó desistir del contrato en los términos del precedente inciso.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El señor Cood objetó este artículo del modo siguiente:

"Si por las palabras *cabida que sobre*, empleadas en el inciso primero, se entiende el exceso de cabida, es decir, la diferencia entre la cabida real y la declarada, parece haber un error en la redacción del artículo.

"Lo que quiere decir es: *Salvo que este* AUMENTO *de precio sea más de la décima parte del precio total convenido;* ó bien: *Salvo que esta* DIFERENCIA *de precio, etc.;* ó bien: *Salvo que el* PRECIO DE LA CABIDA QUE SOBRE *sea más de la décima parte, etc.*

"La diferencia entre el *precio total* y el *precio de la cabida que sobre*, será tanto más excesiva cuanto más se cumpla con las estipulaciones del contrato. Cuando la *cabida que sobre* sea *cero*, se cumplirá con el contrato de un modo perfecto.

"INCISO 2.º... *pero si entre el precio total y el precio de la cabida que falte, etc...*

"Debe ser: *pero si el precio de la cabida que falte es más de la décima parte del precio total, etc.*"

Don Andrés Bello reconoció la justicia de la observación del señor Cood y contestó como sigue:

"Hay un error en la redacción; véase si la corrección satisface."

El artículo fué, en efecto, corregido en los mismos términos propuestos por el señor Cood, como puede verse en el Código Civil.

***

En septiembre de 1857, don Enrique Cood se incorporó en la Universidad en el carácter de miembro de la Facultad de Filosofía y Humanidades.

Con este motivo pronunció un discurso en que desarrollaba algunas ideas referentes al estado de la instrucción pública en nuestro país.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En 1862, la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas lo llamaba también á su seno.

Su discurso de incorporación versó, en esta circunstancia, sobre las dificultades del sistema adoptado por el Código Civil para reglar la sucesión por causa de muerte.

A juicio del señor Cood, las confusiones á que daba origen la interpretación de esta parte del Código, provenían principalmente de las modificaciones que el Proyecto había experimentado en el examen á que fue sometido por la Comisión Revisora.

"Estas complicaciones, dice el señor Cood en su memoria, nacen de la manera como ha sido redactado en el Código el artículo que determina la legítima. El Proyecto original no daba margen á ellas, porque fijaba la legítima con relación á lo que habría correspondido al legitimario sucediendo *ab intestato*. En ese sistema, concurriendo el hijo natural con el cónyuge sobreviviente y con el hermano legítimo, no podía reclamar más que la sexta parte de los bienes por vía de legítima rigorosa: y el doble de esta cuota, ó sea, la tercera parte, por vía de legítima efectiva. No había, pues, conflicto entre la regla que fija la legítima y la que distribuye los bienes *ab intestato*, porque entre ambas existía, valiéndome de una expresión matemática, un perfecto paralelismo.

"Desgraciadamente, se modificó la redacción del Proyecto: se fijó de una manera absoluta la legítima en la mitad de la herencia, y se estableció expresamente que, no habiendo descendientes legítimos, el testador pudiera disponer á su arbitrio de la mitad restante. La diferencia capital que la nueva redacción vino á introducir, consiste en que el Proyecto hacía variable la legítima según el número y calidad de los herederos sobrevivientes, y variable, por tanto, la porción de libre disposición. El Código, en la forma en que ha sido promulgado, ha fijado la legítima de un modo invariable en la mitad del acervo, y de un modo invariable también, la porción libre en la otra mitad."

El señor Cood indica, por último, que el mejor medio de analizar y resolver estas dificultades, consiste en el estudio comparado del Proyecto primitivo y de las diversas modificaciones que sufrió desde que fue presentado á la Comisión Revisora, hasta que quedó definitivamente redactado y promulgado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

***

Don Enrique Cood desempeñó varios puestos en la administración pública de nuestro país.

Como oficial mayor del Ministerio de Relaciones Exteriores, cooperó acertadamente á la buena dirección de nuestras relaciones diplomáticas.

La facilidad con que hablaba y escribía en diversos idiomas extranjeros, sus profundos conocimientos en materias de Derecho Internacional y la sagacidad de su carácter, hacían de él un auxiliar perfectamente idóneo y adecuado.

La política no tuvo para el señor Cood grandes halagos: llamado á desempeñar el cargo de Ministro de Relaciones Exteriores en abril de 1875, se apresuró á renunciarlo pocos días después.

Su paso por la Cámara de Diputados no ha dejado tampoco la huella luminosa que era de esperar. No obstante, llegó á ser su vice-presidente.

Por el contrario, incorporado en julio de 1879 en la Comisión Revisora del Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil, tomó allí una participación activa en la discusión y redacción de este Proyecto.

Terminada la lucha que la República de Chile sostenía contra el Perú y Bolivia, fué necesario constituír los Tribunales Arbitrales que debían resolver las reclamaciones de los diversos individuos que se decían injustamente perjudicados con motivo de esta misma guerra.

Se recordará que los reclamantes hacían subir estos perjuicios á una suma considerable de millones.

El Gobierno de Chile, en esta emergencia, apeló al concurso de aquellas personas cuya ilustración y cuyos talentos eran una garantía segura y eficaz para proteger los intereses de la nación.

Por de pronto, la personalidad de don Enrique Cood se imponía necesariamente á la elección del Gobierno.

En efecto, en marzo de 1884, se le designó para que formara parte de la comisión de tres abogados que debían sostener la causa de Chile ante los Tribunales Arbitrales.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Más tarde, en mayo de 1885, fué llamado á desempeñar el puesto de miembro del Tribunal Arbitral Chileno-boliviano, y poco tiempo después, en septiembre del mismo año, se le nombraba agente y procurador legal de nuestra República ante el Tribunal Chileno-alemán.

He oído referir al mismo señor Cood que antes que se hubieran solicitado sus servicios por parte del Gobierno, muchos de los reclamantes extranjeros le habían hecho ya ventajosas proposiciones para que se encargara de la defensa de sus derechos.

Como se ha visto posteriormente, una gran parte de los que demandaban á Chile en esta ocasión no eran sino especuladores que venían á tentar fortuna; y de aquí proviene que ofrecieran cuantiosos honorarios y que buscaran personas prestigiosas que sirvieran de amparo á sus gestiones.

Tal vez aceptando estas insinuaciones, habría podido obtener con menor trabajo un provecho más positivo; sin embargo, el señor Cood no vaciló un momento y optó por desempeñar el honroso papel de defensor de Chile.

Por fallecimiento de don José Eugenio Vergara, que ejercía las funciones de agente chileno ante las comisiones internacionales de arbitraje, don Enrique Cood fué designado para reemplazarlo.

La forma en que aceptó este nuevo nombramiento, le honra altamente, como puede verse por las notas que copio á continuación:

"*Santiago, 27 de julio de 1887.*

"SEÑOR MINISTRO:

"He tenido el honor de recibir la nota de US., de esta fecha, en que se sirve transcribirme un decreto del Excmo. Señor Presidente de la República nombrándome Agente y Procurador legal de Chile en los tribunales arbitrales anglo, italo y franco-chilenos.

"Agradeciendo á V. S. esta muestra de confianza á que ha dado ocasión el desgraciado fallecimiento del eminente jurisconsulto que antes servía el cargo, me cumple decir que estando

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ya terminadas las labores de la Agencia, que consistían principalmente en la aplicación de las reglas y doctrinas del Derecho Internacional que rigen los casos de daños causados á neutrales por actos y operaciones ejecutados por fuerzas de mar y tierra de uno de los beligerantes, las funciones del Agente en el día quedarán reducidas á la representación de Chile como procurador legal. La defensa de las causas se hará por los abogados siguiendo la norma ya fijada en los trabajos jurídicos del señor Vergara y reproduciendo los argumentos, ya alegados por escrito en los expedientes, ya desarrollados en los seis cuadernos impresos, y principalmente en un *Memorandum* que trata del domicilio político de un extranjero en país beligerante y de sus efectos en cuanto al derecho de reclamar indemnizaciones por los perjuicios que las fuerzas de otro beligerante le hubieren causado.

"Entiendo, por consiguiente, que al aceptar el cargo de Agente de Chile en los tres tribunales mencionados, las nuevas tareas que me va á imponer son anexas á mi cargo de abogado en ellos, sin dar lugar á ninguna remuneración especial.

"Dios guarde á US.—ENRIQUE COOD.—Al señor Ministro de Estado en el departamento de Relaciones Exteriores."

El precedente oficio fue contestado por el Ministro en los términos que en seguida se expresan:

"*Santiago, 29 de julio de 1887.*

"Este ministerio se complace en reconocer el patriótico desprendimiento de que usted ha dado prueba al aceptar en la forma expresada por su oficio de ayer, que tengo el gusto de contestar, el cargo de Agente y Procurador legal del Gobierno de Chile cerca de los Tribunales Arbitrales.

"Dios guarde á usted.—MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI.—Al Agente y Procurador legal del Gobierno de Chile cerca de los Tribunales Arbitrales, don Enrique Cood."

***

Sin embargo, por muy importante que haya sido la cooperación del señor Cood en los diversos empleos á que he hecho

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

referencia, nunca podrá ella equipararse con los preciosos servicios prestados por él mismo en la enseñanza.

Desde su cátedra de la Universidad, ha iniciado en el estudio del Derecho Civil á las generaciones que se han sucedido en el largo espacio de más de treinta años.

Sus clases han sido siempre frecuentadas por un gran número de alumnos.

De acuerdo con el precepto de Horacio, que aconseja mezclar lo útil á lo agradable, don Enrique Cood ilustraba á sus oyentes, amenizando sus explicaciones con ocurrencias y chistes oportunos que le sugería su carácter festivo y alegre.

Era tan querido de sus discípulos que nadie recibía con enojo sus chanzas y sus burlas, por cáusticas que fuesen.

En la enseñanza de su ramo había adoptado el sistema socrático de preguntas y respuestas.

Á semejanza del ilustre filósofo griego, á quien se ha llamado el *partero de la inteligencia*, el señor Cood procuraba también que sus alumnos descubrieran por sí mismos el verdadero sentido y la razón fundamental de la disposición que se analizaba.

Cuando el joven interrogado no daba pronto una respuesta satisfactoria, dirigía la misma pregunta á otros, hasta recorrer á veces la clase entera.

De este modo mantenía pendiente de sus palabras la atención de sus discípulos, y excitaba al propio tiempo, entre ellos, una provechosa emulación.

Por lo tanto, una mala lección venía así á redundar en beneficio general.

Don Enrique Cood era enemiguísimo de que el estudio del Derecho se hiciera de memoria; jamás obligó á sus alumnos á retener el texto literal de la ley.

Consideraba que el sistema contrario imponía al estudiante demasiado trabajo sin producir grandes ventajas, porque el aprendizaje hecho en esa forma era casi siempre efímero.

En consecuencia, prefería que, con el Código á la vista, sus discípulos supieran dar á cada artículo, ó mejor dicho, á cada vocablo, la interpretación debida.

El señor Cood les hacía presente que el Código Civil había sido obra de un insigne jurisconsulto que era al mismo tiempo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

un gramático eximio, y que, por lo tanto, no había en ese cuerpo de leyes expresiones inútiles y sin sentido, sino que toda palabra tenia allí su importancia.

En efecto, don Andrés Bello estaba muy distante de pertenecer al número de aquellos redactores adocenados que, aceptando la máxima de que *lo que abunda no daña*, incurren á cada paso en repeticiones y superfluidades.

Don Enrique Cood, que rechazaba también esta sentencia, era siempre breve en sus explicaciones, conciso en sus escritos, parco en sus alegatos.

No gustaba de divagaciones, sino que afrontaba pronto la cuestión, hería de lleno la dificultad.

Éstos eran los principios que trataba de inculcar en el ánimo de sus alumnos, á quienes solía censurar con acritud cuando se apartaban del punto debatido ó cuando los oía discurrir sin reglas ni método.

Se quejaba amargamente de que, por lo general, en los colegios se descuidara la enseñanza de la lógica, que él consideraba de grande importancia y como una preparación necesaria para los estudios legales.

Un día, lo recuerdo perfectamente, se apareció á la clase con varios ejemplares del *Tratado de Lógica* escrito por don Jaime Balmes, y los distribuyó entre algunos de sus discípulos, recomendándoles á los demás que se proporcionaran un libro que podía serles tan útil.

El estudio razonado y filosófico del Código Civil era, á juicio del señor Cood, tan interesante como la lectura de una buena novela.

Esta afición entusiasta al ramo que enseñaba, la larga y constante práctica de este mismo magisterio, y el ejercicio continuo de su profesión de abogado, habían puesto al señor Cood en aptitud de conocer este Código, que tanto encomiaba, hasta en sus ápices, y de poderlo interpretar con todo acierto.

Por otra parte, si á esto se agrega el conocimiento perfecto que tenía de las fuentes en que se había inspirado don Andrés Bello para componer esta obra monumental, no es difícil explicarse cómo don Enrique Cood había llegado á adquirir ese

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

criterio siempre seguro con que decidía las cuestiones y dudas referentes á esta materia.

Como muestras, voy á dar á conocer algunas de sus resoluciones escritas al correr de la pluma, y que, por tratar de puntos importantes, considero que han de ser leídas con interés.

***

Cuestión muy debatida y que ha dado origen á notables litigios, es la de saber si en la sucesión testamentaria el cónyuge sobreviviente puede ó nó percibir á un tiempo su porción conyugal y la cuarta de libre disposición, en el caso, se entiende, que el difunto haya dejado legitimarios.

Esta interesante proposición no sólo ha sido discutida en la cátedra y en el foro, sino que ha llegado hasta la prensa y ha servido de tema á un trabajo que, con el título de *La Porción Conyugal según el Código Civil Chileno*, dió á luz el distinguido profesor de la Universidad don José Clemente Fabres.

Con motivo de la aparición del primer número de la REVISTA FORENSE CHILENA, en junio de 1885, don Miguel Luis Amunátegui escribió en *El Mercurio* de Valparaíso un artículo en que anunciaba y encarecía esta publicación que con tanto acierto ha dirigido hasta ahora nuestro inteligente amigo don Enrique C. Latorre.

El señor Amunátegui, aunque no era abogado, tenía, sin embargo, un conocimiento cabal de nuestra legislación y se interesaba vivamente en todas las discusiones jurídicas de cierta importancia que solían preocupar á los hombres de la profesión.

Como en el artículo citado se toca por incidencia la cuestión á que me refiero, en términos bastante claros y bien determinados, voy á reproducir la exposición que allí se hace á fin de que sirva de antecedente á las observaciones del señor Cood relativas á la misma materia.

"Las leyes que reglamentan la existencia social y política de un pueblo, dice el señor Amunátegui, dan siempre, é irremediablemente, lugar á cuestiones en extremo espinosas y complicadas que conviene mucho dilucidar, y en cuya solución, por desgracia, las personas más aventajadas y expertas en tales materias suelen no andar acordes.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Precisamente en estos días ha ocurrido uno de estos casos sobre el cual se ha hablado y disertado con detenimiento y aún con calor, caso que viene de molde para aclarar con un ejemplo lo que vamos exponiendo.

"El artículo 1172 del Código Civil de Chile ha creado lo que denomina la *porción conyugal.*

"Según ese artículo, el cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación tiene derecho á cierta parte del patrimonio del cónyuge difunto.

"El párrafo 2.º, título 5.º del Código reglamenta lo relativo á esta *porción conyugal.*

"Nadie ignora que un testador puede, en cualquiera situación que se encuentre, disponer libremente de cierta porción de sus bienes que puede dejar á un extraño, aun cuando tenga herederos forzosos.

"La ruidosa cuestión á que nos hemos referido ha versado sobre si el cónyuge sobreviviente puede percibir juntamente la porción conyugal y la porción de libre disposición.

"Los que sostienen la negativa se fundan en el artículo 1,176, que dice así:

"ART. 1,176. *Si el cónyuge sobreviviente tuviese bienes, pero no de tanto valor como la porción conyugal, sólo tendrá derecho al complemento, á título de porción conyugal.*

"*Se imputará por tanto á la porción conyugal todo lo que el cónyuje sobreviviente tuviere derecho á percibir á cualquier otro título en la sucesión del difunto, incluso su mitad de gananciales, si no la renunciare.*

"Los que sostienen la afirmativa se fundan en el artículo 1,179, que dice así:

"ART. 1,179. *Si el cónyuge sobreviviente hubiera de percibir en la sucesión del difunto, á título de donación, herencia ó legado, más de lo que le corresponde á título de porción conyugal, el sobrante se imputará á la parte de los bienes de que el difunto pudo disponer á su arbitrio.*

"Algunos pretenden que estos dos artículos son contradictorios.

"Otros dicen que no lo son.

"Lo cierto es que las opiniones aparecen muy divididas.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Los dos profesores de Código Civil en la Universidad, don José Clemente Fabres y don Enrique Cood, son de dictámenes enteramente opuestos en este punto.

"El señor Fabres, que ha escrito sobre esta materia un libro muy interesante, cree que el cónyuge sobreviviente no puede acumular la porción conyugal y la porción de libre disposición.

"El señor Cood, que está componiendo otro libro para defender su tesis, cree lo contrario.

"Se nos asegura que los otros profesores de Derecho en la Universidad están divididos entre las opiniones de sus colegas, los señores Fabres y Cood.

"Los abogados de Santiago se encuentran igualmente disconformes acerca de este punto.

"La cuestión acaba de ser ventilada ante los Tribunales.

"El juez de primera instancia sentenció que el cónyuge sobreviviente no podía percibir simultáneamente la porción conyugal y la porción de libre disposición.

"Dos de los jueces de la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago han aceptado el fallo de primera instancia y tres lo han revocado.

"En consecuencia, por esta vez el cónyuge sobreviviente ha ganado la causa.

"Mientras tanto, ello es que en realidad ha habido tres jueces por una opinión y tres por otra.

"Así, no puede decirse que doctrinalmente la cuestión haya quedado resuelta."

Las múltiples ocupaciones que agobiaban á don Enrique Cood, principalmente en los últimos años de su vida, le impidieron llevar á cabo el proyecto de publicar una refutación de la obra del señor Fabres.

Por felicidad, sus ideas á este respecto no se han perdido por completo.

Los principales argumentos con que defendía su tesis, se encuentran consignados, bien que de una manera breve y compendiada, en el trabajo inédito que copio á continuación.

"ARTÍCULO 190 (Proyecto de 1,846.)

"*Se imputará á porción conyugal todo lo que el cónyuge sobre-*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

viviente tuviere derecho á percibir á cualquier otro título en la sucesión del difunto.

"*Si el cónyuge sobreviviente hubiere de percibir en la sucesión del difunto á título de donación, herencia ó legado más de lo que le corresponde á título de porción conyugal, el sobrante se imputará á la parte de bienes de que el difunto pudo disponer á su arbitrio.*

"ARTÍCULO 1,176 (Código Civil.)

"*Si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes, pero no de tanto valor como la porción conyugal, sólo tendrá derecho al complemento, á título de porción conyugal.*

"*Se imputará por tanto á la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho á percibir á cualquier otro título en la sucesión del difunto, inclusa su mitad de gananciales, si no la renunciare.*

"ARTÍCULO 1,179 (Código Civil.)

"*Si el cónyuge sobreviviente hubiere de percibir en la sucesión del difunto, á título de donación, herencia ó legado, más de lo que le corresponde á título de porción conyugal, el sobrante se imputará á la parte de los bienes de que el difunto pudo disponer á su arbitrio.*

"Como se ve, en el Proyecto de 1846 el inciso segundo del artículo 1176 (actual) y el artículo 1179 (actual) formaban un solo artículo 190.

"En el Proyecto de 1853, este artículo 190 se dividió en dos: el artículo 1338 y artículo 1339.

"De suerte que el actual 1179 es el 1339 del Proyecto de 1853.

"Cuestión de *colocación:* nada más.

"CASO.—Supongo un testador con varios hijos y que deja viuda.

"Testa á favor de la viuda la porción conyugal *más toda la cuarta de libre disposición.*

"La viuda es pobre; no tiene bienes de ninguna clase.

"RESOLUCIÓN:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"1.° El artículo 1,179 es terminante, porque permite al testador asignar al cónyuge supérstite más de lo que le corresponde á título de porción conyugal, y manda que el *sobrante* se impute á la cuarta de libre disposición.

"2.° No fija límites ó restricciones á este sobrante, sino el límite de la cuarta libre. Luego pueden acumularse por disposición expresa del Legislador.

"3.° El testador puede, ó más bien, debe dejar la porción conyugal á la viuda; y además puede disponer de la cuarta libre á favor de un extraño. Luego, nada le impide disponer de esta cuarta á favor del cónyuge supérstite.

"4.° Con esta asignación no se perjudica á los hijos legitimarios, porque no puede ser perjuicio el ver que el cónyuge recibe lo que puede recibir un extraño, un cualquiera.

"5.° La porción conyugal no es asignación alimenticia,

"*a)* Porque tiene por base una cuota del patrimonio del difunto, y asegura al cónyuge sobreviviente, *no* alimentos, sino una posición igual á la que tenía en vida del cónyuge muerto. Puede ser una suma insignificante ó una suma inmensamente grande.

"*b)* Es irrevocable, y no se pierde ni se gana ó disminuye por circunstancias posteriores, á diferencia de los alimentos.

"*c)* El cónyuge culpable no tiene *porción* y puede tener *alimentos.*

"6.° Un testamento como el que figuramos, no puede ser atacado por los hijos sino por la acción de reforma.

"Ahora bien, esta acción tiene sólo por objeto dar ó completar la legítima.

"Cuando el testador deja cónyuge sobreviviente, la porción conyugal es de necesidad: es asignación forzosa; de suerte que los *hijos* tienen que contar al cónyuge sobreviviente como *uno* de *ellos*, y dividir la mitad legitimaria entre ellos y el viudo ó viuda.

"Su legítima es, pues, *determinada.*

"En seguida, tienen la *cuarta de mejoras* que sería sólo para los hijos.

"*No tienen derecho á más* según la ley.

"Luego no cabe la acción de reforma.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"7.° Esta acción no se da para disminuir *otras asignaciones*, alegando *exceso* supuesto.

"En vano dicen:—La viuda recibe un exceso.

"*Non vobis interest;* basta que ustedes reciban lo que les corresponde, que es la *mitad legitimaria*, cuarta de mejoras dividida por *n*.

"8.° La proposición del número precedente está probando que los hijos no tienen de qué quejarse, porque la ley sólo les permite entablar acción (querella de testamento inoficioso: reforma) cuando reciben *menos* de lo que deben recibir *por legítima y mejoras*, pero no porque su madre ó madrastra recibe *más* de lo que debiera, á juicio de ellos (juicio falso seguramente), pues la asignación hecha en este caso está fundada en artículo expreso."

* * *

Otro punto que ha dado lugar á largas discusiones y en cuya resolución ha habido también discordancia de pareceres aun en el seno de nuestras Cortes de justicia, es el que en seguida se expresa.

¿Es admisible ó nó la acción resolutoria en las particiones, en caso que el adjudicatario no haya pagado á sus copartícipes el precio de la cosa que le ha sido adjudicada?

Los principales argumentos que han aducido los que opinan por la afirmativa, son:

1.° Que la partición es un contrato bilateral según el Código Civil y que, por consiguiente, está sujeta á la regla del artículo 1489, que dice que *en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*

2.° Que el artículo 1348, al expresar en su inciso primero que *las particiones se anulan ó se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos*, ha tomado la palabra *rescindir* como sinónima de *resolver*, voces que generalmente se confunden en el lenguaje vulgar y que el mismo Código Civil ha confundido manifiestamente en otros pasajes.

Don Enrique Cood, que decidía la cuestión indicada de un

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

modo enteramente contrario, fundaba su manera de pensar en las siguientes consideraciones.

"1. La regla *en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado*,—no es aplicable, decía el señor Cood, á TODOS los contratos bilaterales. Se exceptúan aquellos que han sido reglamentados expresamente por la ley.

"Verbigracia, en el arrendamiento hay:

Rescisión
Terminación } con indemnización de perjuicios; mas no cabe *resolución*.

"Verbigracia, en la sociedad.

"Verbigracia, todavía, en el censo vitalicio.

"2. La partición es un contrato; tenemos que admitirlo en vista de la letra del Código (bien ó mal).

"3. La partición está reglamentada en cuanto á nulidad, rescisión, etc. No habla de *resolución*.

"4. Si fuera admisible la condición resolutoria, sería, no sólo por falta de pago del alcance, sino de cualquiera otra condición por nimia que fuese.

"5. La condición resolutoria tiene por objeto reivindicar la cosa adquirida bajo esa condición.

"Supone que los herederos (comuneros, socios, etc.), á quienes *no* se adjudica la cosa, tienen acción para reivindicarla del poder del adjudicatario ó del tercero á quien pasó después.

"Ahora bien, hay una regla que dice que el que no recibe en su lote una cosa común, se reputa no haberla poseído jamás, ni haber sido nunca dueño. Precisamente, la regla parece hecha para este caso.

"Y para que valgan las enajenaciones, hipotecas, etc., constituídas por el adjudicatario.

"Y para que *no valgan* las enajenaciones, hipotecas, etc., constituídas por aquel á quien no le ha cabido la cosa ó parte de ella.

"Por lo demás, el alcance hereditario es un conjunto de alcances y nó un alcance de la adjudicación tal ó cual.

"El Código dice que el precio de la adjudicación se dividirá *á prorrata* entre los copartícipes.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Si no cuidan de hacer depositar el precio, se convierten los copartícipes en acreedores valistas, puesto que no tienen privilegio.

"La resolución supone dos contratantes, ó sea, todos los copartícipes menos uno por una parte, y el adjudicatario por otra.

"Luego tal acción no puede entablarse sino por todos menos uno, contra el uno (este *uno* puede ser *varios adjudicatarios;* para el caso es lo mismo).

"El objeto sería la restitución á la *comunidad* y un trastorno, que parece contrario á los fines que se propone el Legislador, y lleno de embarazos, porque si los demás copartícipes han enajenado sus lotes ó parte de ellos, se imposibilitan para llegar á la primitiva comunidad y parece que han renunciado á toda acción rescisoria ó resolutoria.

"En Francia, en cuya legislación parece haberse inspirado don Andrés Bello en esta materia, las razones que se dan para no admitir la acción resolutoria en las particiones, son:

"1.ª Que en el título especial de particiones no se habla sino de nulidad y rescisión;

"2.ª Que el adjudicatario se reputa único exclusivo dueño desde el principio, y no puede haber acción vindicatoria de los otros á quienes se reputa no haber sido dueños jamás.

"En consecuencia de lo expuesto, creo que no hay acción resolutoria por falta de pago del alcance hereditario."

MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI REYES

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO IV Santiago, 1.° de agosto de 1888 NÚM. 3

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Notas Editoriales: El Congreso Internacional de Washington para 1889.—Comentario del Título preliminar y del Título I del Libro I del Código de Comercio (continuación), por don José Alfonso.—La propiedad intelectual ante la ley de propiedad literaria de 24 de julio de 1834, por don Roberto Huneeus.—La reforma del Poder Municipal (conclusión), por don José A. Alfonso.—¿Tiene mérito ejecutivo la confesión ficta ó presunta, esto es, la que la ley da por hecha en pena de no comparecer el demandado a prestarla? réplica, por don Bernardino A. Vila.—¿Es conmutable en multa la prisión que como pena se imponga haciendo aplicación del artículo 494 del Código Penal? por don Ruperto Murillo.—Don Enrique Cood (conclusión), por don Miguel Luis Amunátegui Reyes.—Revista bibliográfica, por La Dirección.

NOTAS EDITORIALES

EL CONGRESO INTERNACIONAL DE WASHINGTON PARA 1889.—La siguiente es la ley aprobada por el Congreso de los Estados Unidos de Norte América el 10 de marzo último y sancionada por el Presidente Cleveland el día 24, relativa al Congreso Internacional de Washington para 1889.

EL SENADO Y LA CÁMARA DE DIPUTADOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA REUNIDOS EN CONGRESO, HAN APROBADO LA LEY SIGUIENTE:

"I. Se solicita y autoriza al Presidente de los Estados Unidos para que invite á los Gobiernos de las Repúblicas de Méjico, de Centro y Sud-América, Haytí, Santo Domingo y del Imperio del Brasil para celebrar, en unión de los Estados Unidos, una conferencia que tendrá lugar en Washington en abril de 1889, con el objeto de discutir y recomendar á sus respectivos Gobiernos los medios de establecer el arbitraje para la solución de las dificultades y contiendas que entre ellos pudieran suscitarse en adelante, para estudiar las cuestiones relacionadas con el mejoramiento de los negocios y los medios de comunicación

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

entre dichos países y para fomentar sus recíprocas relaciones comerciales en el sentido más conveniente y que asegure más extensos mercados á los productos de cada uno de dichos países.

II. Al comunicar el Presidente de los Estados Unidos la invitación á los Gobiernos ya indicados, deberá establecer que la conferencia tiene por objeto:

1.º Estudiar las medidas que tiendan á la conservación de la paz y á promover la prosperidad de los diversos Estados americanos.

2.º Formar una unión aduanera americana conforme á la cual se estimulará el comercio entre las naciones americanas entre sí, en cuanto sea posible y conveniente.

3.º Establecer comunicaciones regulares y frecuentes entre los puertos de los diferentes Estados americanos.

4.º Uniformar en los diversos Estados americanos independientes la legislación de aduanas que regla la importación y exportación de mercaderías y los derechos y cargos de puertos, estableciendo un procedimiento uniforme para la clasificación y avalúo de tales mercaderías en los puertos de cada país, así como un sistema análogo de facturas y las reglas relativas al servicio sanitario y de cuarentena de las naves.

5.º Adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas, y leyes para la protección de los derechos de privilegios exclusivos, propiedad literaria, marcas comerciales de ciudadanos de un país en otro y para la extracción de criminales.

6.º Adoptar igualmente una moneda común de plata que sería emitida por cada Gobierno en la proporción correspondiente á la población del respectivo país, según lo que se acordare, la cual servirá de circulante legal en todas las transacciones comerciales entre los ciudadanos de todos los Estados americanos.

7.º Acordar y recomendar á los respectivos Gobiernos la adopción de un plan fijo de arbitraje para todas las cuestiones, diferencias y contiendas que puedan ahora y en adelante existir entre ellos, á fin de poner término á tales cuestiones y diferencias internacionales de una manera pacífica y zanjarlas evitando guerras; y

8.º Estudiar todos los demás asuntos relativos al bienestar

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de los diversos Estados representados é invitados á tomar parte en la Conferencia, según cada uno de ellos pueda proponerlos.

III. Se destina la cantidad de setenta y cinco mil pesos, ó lo que fuere necesario, de fondos del tesoro público, que será invertida bajo la dirección del secretario de Estado, para subvenir á los gastos qus demande la Conferencia.

IV. El Presidente de los Estados Unidos nombrará, con acuerdo del Senado, diez delegados á la Conferencia, quienes deberán servir ese puesto sin otra compensación que el pago de sus gastos actuales. Los demás Estados que en ella tomen parte podrán ser representados por el número de delegados que estimen conveniente, pero en la inteligencia qne para la resolución de las cuestiones sobre las cuales la Conferencia sea llamada á decidir, ningún Estado tendrá más de un voto.

V. El secretario de Estado nombrará el número de secretarios y de empleados que fuere necesario, fijando sus sueldos y dispondrá lo necesario para la publicación diaria, por la imprenta de la nación, en los idiomas inglés, español y portugués, de todos los acuerdos y actos que la Conferencia acordare dar á conocer y para que á su terminación presente un informe sobre dichos trabajos al Congreso de los Estados Unidos, junto con la cuenta de inversión de los fondos concedidos por la presente ley.»

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCION TECNICA

COMENTARIO DEL TÍTULO PRELIMINAR Y DEL Título Primero del Libro Primero del Código de Comercio.

(Continuación)

ARTÍCULO 13

REVOCADA LA AUTORIZACIÓN CONCEDIDA Á LA MUJER CASADA, EL MARIDO DEBERÁ HACER REGISTRAR Y PUBLICAR UN ESTRACTO DE LA ESCRITURA REVOCATORIA, SO PENA DE RESPONDER Á LOS TERCEROS DE BUENA FE DE LAS OBLIGACIONES QUE LA MUJER CONTRAJERE DESPUÉS DE LA REVOCACIÓN.

Siguiendo el mismo sistema adoptado en los artículos 9 y 10, los cuales dan como existentes en los menores habilitados de edad la capacidad de ser comerciantes, y en hijos de familia y demás menores la de ejecutar actos de comercio con su peculio profesional ó industrial, nuestro Legislador presupone en este artículo la existencia de la facultad del marido, reconocida por la ley común, para revocar la autorización que haya concedido á su mujer, según los dos artículos precedentes, limitándose á establecer la forma en que debe ejercitarla.

Es, pues, principio de nuestro Derecho mercantil que el marido que ha autorizado á su mujer para ejercer el comercio, puede, á su arbitrio, revocar esta autorización, sin otra formalidad que la de hacer inscribir en el Registro de Comercio y publicar un estracto de la escritura revocatoria. Es lógico que el que concede la autoriza-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ción pueda ponerle término cuando lo estime conveniente. Á este respecto, la ley reconoce al marido un derecho absoluto, que podrá ejercitar en poco tiempo, según su voluntad, haciendo volver á la mujer al mismo estado en que se encontraba antes de concederle la autorización. La mujer habrá sido comerciante por un acto de la voluntad del marido y dejará de serlo por otro acto de la misma voluntad.

Ordenando la inscripción de la escritura revocatoria en el Registro de Comercio, la ley no ha determinado la forma de su publicación. El Proyecto prescribía la fijación del estracto de la escritura en el atrio de la sala de audiencia de los juzgados de comercio, disposición que no ha sido reproducida en el Código, y que, como se ha dicho, no consultaba una amplia publicidad, como la que puede alcanzarse por medio de periódicos y circulares. En el silencio de la ley, quedará al arbitrio del marido elegir la forma que estime más conveniente, y que cumpla mejor su propósito de poner en conocimiento del público el retiro de la autorización. Será conveniente conformarse á los usos de la plaza en que debe hacerse la publicación.

No exigiendo el artículo que la escritura revocatoria sea una escritura *pública*, entendemos que bien puede hacerse la revocación por medio de una simple escritura privada. Es oportuno observar aquí que siempre que la ley exige instrumento público, así cuida de expresarlo con toda claridad. Nada significa en el sentido de la proposición contraria el hecho de que la escritura revocatoria deba ser inscrita en el Registro de Comercio, porque este mandato de la ley no supone por sí solo necesariamente que lo que se inscribe sea un instrumento público; puede también inscribirse el estracto de una escritura privada,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

como sucede con los préstamos á la gruesa, los cuales, pudiendo constar de escrituras públicas, oficiales y privadas, tienen que llenar esa formalidad. En lo que respecta á la publicación, que es el requisito esencial, podrá efectuarse con escritura de cualquiera especie, y aun sin necesidad de que preceda ninguna, por medio de un aviso en los periódicos ó por circulares. Lo que interesa á los terceros es tener conocimiento del acto revocatorio para que puedan amoldar á él su conducta en sus relaciones con la mujer casada que ha dejado de ser comerciante. El fin manifiesto de la ley es que se haga saber al público que el consentimiento del marido que autorizó á la mujer para ejercer el comercio, ha dejado de existir, y que, en consecuencia, no se puede ya contratar con ella de buena fe. Compréndese que, para alcanzar este fin, no era necesario el otorgamiento de una escritura pública, y que bastaba la publicación de una escritura privada, ó solamente la de avisos en los periódicos ó el reparto de circulares. De esta suerte quedaría el comercio suficientemente instruído de la nueva situación jurídica creada á la mujer.

No debe olvidarse, por otra parte, que la mujer casada puede ser mercadera con el consentimiento tácito de su marido, salvo el caso del marido menor de veintiún años y de la mujer mayor de esta edad y menor de veinticinco; y como el ejercicio público de la profesión, sin protesta del que se presume conceder la autorización para comerciar, presupone la existencia de ésta, es claro que, deducida y notificada la reclamación, el consentimiento habrá concluído. Tal es el precepto expreso que se contiene en el inciso 2.º del artículo 11. ¿Deberá entenderse, en presencia del texto del artículo 13, que dicha reclamación ó protesta ha de constar de una escritura inscrita en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el Registro de Comercio? Pensamos que nó. Aunque los dos artículos recién citados tengan ciertos puntos de contacto entre sí, no reglamentan precisamente una misma situación jurídica. El artículo 13 estatuye en general sobre la revocación del consentimiento otorgado en escritura pública; se refiere, sin duda, á la anulación de un acto: mientras el artículo 11, en su inciso 2.º, regla la manera de impedir la continuación del consentimiento presunto, sin indicar la forma en que el marido deberá hacer valer el derecho que se confiere, exigiendo sólo que la reclamación ó protesta sea notificada al público ó especialmente al que contratare con la mujer, para lo cual, como es fácil concebirlo, no será siempre necesaria la extensión de una escritura. En el uno de estos casos, la ley habla de revocación, y en el otro de reclamación ó protesta: no expresa en ambos una misma idea.

La disposición especial del inciso 2.º del artículo 11 no puede quedar sin efecto, y tendrá aplicación en el caso á que ella se refiere, es decir, siempre que el marido quiera oponerse á los actos de comercio de su mujer que es reputada comerciante, no en virtud de autorización previa otorgada en escritura pública, sino sólo por el hecho de dedicarse públicamente al ejercicio de la profesión. Si el objeto del que con su silencio ha hecho nacer el consentimiento presunto es impedir uno ó varios contratos que la mujer va á celebrar con personas determinadas, conseguirá, á nuestro modo de ver, su propósito aún por medio de un aviso verbal. Una comunicación en los periódicos bastará para alcanzar el mismo resultado respecto del comercio en general. Lo que la ley fundadamente persigue es que los terceros no ignoren que la capacidad mercantil de la mujer ha desaparecido, y este resultado se obtiene por medio de cada uno de los dos ar-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

bitrios mencionados. Al marido interesará que en el comercio no se pueda alegar ignorancia acerca del hecho de haber vuelto la mujer al estado normal de incapacidad y, por lo mismo, no ha de convenirle acudir á una notificación verbal sino en circunstancias en que no pueda hacer conocer de otra suerte su reclamación. Si no quedan huellas de la expresión de su voluntad, corre el peligro de que se le declare responsable de los actos de la mujer ejecutados después de la reclamación.

Es natural, por otra parte, que, para la terminación del consentimiento presunto, no se exija otro requisito que la manifestación inequívoca de la voluntad del marido, al cual bastará hacer saber, ya de un modo general al comercio, ya individualmente á personas determinadas, que no consiente por más tiempo que su mujer continúe ejerciendo la profesión de comerciante. De esta manera, al hecho del ejercicio público de la profesión, que es la base del consentimiento presunto del marido, contrapone la ley el hecho de la voluntad del mismo que, suprimiendo dicho consentimiento, pone término al comercio de la mujer, sin otra exigencia que la de hacer conocer, de cualquier modo, esa voluntad, en general al público, ó especialmente al que contratare con la mujer.

No permite abrigar duda alguna sobre esta inteligencia de la ley la redacción del muchas veces citado artículo 11, el cual, exigiendo, por una parte, escritura pública para hacer constar la autorización expresa, ha mencionado, por otra, y á renglón seguido, la reclamación ó protesta con que deberá hacerse cesar el consentimiento presunto, sin establecer esta vez solemnidad de especie alguna. Es obvio, por lo tanto, que si la mente del Legislador hubiese sido exigir alguna clase de instrumento para la terminación de la autorización

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

presunta, no habría guardado silencio acerca de una formalidad que acababa de estatuir taxativamente para la existencia de la autorización expresa.

Téngase presente todavía que el artículo 13 exige la publicación de un estracto de la escritura revocatoria, y que semejante mandato no se consigna en el artículo 11, ni se desprende de su espíritu, pues es obvio que el marido no necesita recurrir á especie alguna de publicaciones para hacer llegar su protesta especialmente á noticia del que contratare con la mujer.

Consecuentes con la doctrina que hemos sustentado con arraigada convicción durante todo el discurso de este trabajo, debemos sostener que la economía de trámites y formalidades en el ejercicio de la facultad revocatoria del marido, debe ser considerada como un progreso. Ella facilita la manera de poner fin á una autorización cuya subsistencia depende sólo de la voluntad del que la ha otorgado. Sin perjuicio de atribuir en esta materia algún valor al imperio de las costumbres mercantiles, para los fines de la ley habría sido suficiente hacer publicar la revocación, que es lo que también ordena el artículo 13, valiéndose, ya de los periódicos, ya de circulares, los dos arbitrios más usados en el comercio. La inscripción del documento de que conste, no presupone necesariamente, ni más seriedad en el acto revocatorio, ni mayor circulación en las plazas mercantiles. Sabido es que los comerciantes no acuden á las oficinas públicas sino cuando han menester de sus servicios.

No obstante disponerse explícitamente en el artículo que examinamos, que la revocación ha de constar de escritura inscrita en el Registro de Comercio, pronto tendremos ocasión de demostrar que nuestro Legislador ha sido más reglamentario en la apariencia que en la reali-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dad, y que el precepto que ha sancionado relativamente á la facultad revocatoria del marido no se opone al desiderátum que acabamos de formular.

Antes de entrar al desarrollo de este orden de ideas, incúmbenos dejar testimonio de una omisión que se nota en esta parte de la ley. La notificación de la revocación por medio de circulares á los corresponsales de la mujer comerciante, como lo ordena el nuevo Código Español, debía ser en todo caso indispensable. Á los corresponsales que pueden residir en plazas muy remotas, no bastará siempre la publicación que se efectúe en el lugar en que se ejerce el comercio.

Cuando el marido no inscribe ni publica la escritura revocatoria, es responsable á los contratantes de buena fe de las obligaciones contraídas por la mujer después de la revocación. Es justo que, si el tercero contrata en la inteligencia de que la mujer está autorizada para ejercer el comercio, no experimente perjuicio alguno á consecuencia de la falta de conocimiento de la revocación por culpa ú omisión del marido. La ley concede este derecho á los terceros que contratan de *buena fe*, y por buena fe debe entenderse la falta de conocimiento de la revocación, de tal modo que, si no obstante el hecho de no haberse extendido, inscrito ni publicado el instrumento revocatorio, los terceros saben que la autorización ha sido revocada, habrán corrido voluntariamente las contingencias de la celebración de un contrato con una persona incapaz. De aquí se sigue que el otorgamiento de la escritura revocatoria y su inscripción no sean, á nuestro juicio, los requisitos indispensables y únicos para que la revocación del consentimiento surta sus efectos legales, porque si dicha revocación llega al conocimiento (como se concibe que pueda suceder por otros medios)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de la persona que contrata con la mujer, desaparece la buena fe, la cual es el fundamento y origen de la responsabilidad del marido. Aunque la ley ordene que la revocación debe estar revestida de ciertas formalidades, la omisión de éstas no basta por sí sola para hacer nacer esa responsabilidad: es preciso, además, que concurra la buena fe de parte de los terceros contratantes, buena fe que no existe si, por cualquier arbitrio, llega á su noticia que el marido ha puesto término á su autorización. Desde entonces, teniendo conciencia de que la mujer ha vuelto á su estado normal de incapacidad, no les será lícito tratar con ella.

La buena fe de los terceros contratantes no es necesariamente correlativa del hecho de que el marido haya dejado de observar la regla á que debe conformarse en la revocación. Bien se puede no dar cumplimiento á esta regla por la falta de otorgamiento de la escritura y de su inscripción, y al mismo tiempo saberse que la autorización para comerciar ha sido retirada, hecho cuya prueba corresponderá al marido. Siempre que no exista ignorancia de la voluntad manifestada por el marido para poner término al giro mercantil de la mujer, no podrá contratarse de buena fe con ésta.

Puede acontecer que el marido haya hecho extender é inscribir la escritura revocatoria, y omitido el requisito de la publicación. En este caso, si los terceros contratantes conocen la existencia de la escritura, no procederían de buena fe tratando con la mujer, quien ya ha dejado legalmente de ser comerciante.

José Alfonso

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

LA PROPIEDAD INTELECTUAL ANTE LA LEY DE PROPIEDAD LITERARIA DE 24 DE JULIO DE 1834

(Consideraciones sobre la ley de propiedad literaria)

Es nuestro propósito discurrir sobre el derecho de los autores, para encarecer una vez más la necesidad absoluta de reformar la ley de 1834.

Trataremos de demostrar los yerros y deficiencias y hasta las vaguedades y confusiones en que incurrieron sus autores, manteniéndonos siempre en el terreno que á un trabajo legal le corresponde; y de aquí que no penetraremos á examinar con espíritu de filósofo ó criterio de economista los orígenes y fundamentos de la propiedad en sí; tanto por considerarla ya suficientemente reconocida, cuanto porque no es ella el punto capital de nuestro estudio.

No empezaremos, sin embargo, el análisis de la ley de 24 de julio de 1834, sin antes exponer de un modo sintético y preciso algunos de los problemas que acerca de la propiedad han surgido, tratando de derivar de sus resoluciones los principios que insinuaremos como bases de la reforma de la ley ya mencionada.

Realizado este propósito, enderezaremos estas páginas á la crítica de la ley chilena; y, para demostrar la conveniencia práctica de su mejoramiento, indicaremos algunos casos litigiosos que en su aplicación han ocurrido y que son todos arrancados de los numerosos inconvenientes que en sus artículos se observan.

Por último, y como argumento de autoridad, citaremos algunas de las disposiciones esenciales que sobre este punto se contienen en las leyes de naciones reconocidamente cultas y adelantadas.

DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Si la *propiedad* es base y resultante, al propio tiempo, del trabajo mismo, representadas en el derecho de disponer y de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

gozar libremente del fruto de nuestros afanes, no siendo en perjuicio de terceros, ¿podríamos derivar de esto la existencia de la propiedad intelectual? Sin vacilar respondemos afirmativamente, como vamos á demostrarlo, fundándonos, así en el precepto legal contenido en el artículo 584 del Código Civil de Chile, como en una argumentación tan evidente como lógica.

Dice el artículo 584: "Las producciones del talento ó del ingenio son una propiedad de sus autores. —Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales."

Ahora bien: la propiedad es la resultante del trabajo mismo; es así que él se requiere para las producciones del talento ó del ingenio (intelectuales), luego la propiedad intelectual existe, llámesela así ó de un distinto modo, esto es: existe el derecho de los autores para gozar y disponer libremente de sus obras, manifiéstense ellas en libros, cuadros, pinturas, esculturas, etc.

Del expresado raciocinio pensamos que naturalmente se deriva la disposición del primer inciso. Del segundo nos ocuparemos más adelante.

El Código Penal acompaña al Civil en el reconocimiento de este género de propiedad, ya que en sus artículos se lee lo que sigue:

"Art. 471. Será castigado con presidio ó relegación menores en sus grados mínimos ó multa de ciento á mil pesos... 3.º El que cometiere alguna defraudación en la propiedad literaria ó industrial.—Los ejemplares, máquinas ú objetos contrahechos, introducidos ó expendidos fraudulentamente, se aplicarán al perjudicado y también las láminas ó utensilios empleados en la ejecución del fraude, cuando sólo pudiesen usarse para cometerlo."

Reconocida así legalmente la propiedad intelectual, tócanos exponer en dos palabras, la consagración filosófica del indicado principio.

"Dicen que no hay propiedad intelectual, porque las ideas, las verdades, no pertenecen á nadie, son del dominio general de todos los espíritus. Pero las obras intelectuales no son la causa de posesión de ideas enteramente formadas, son combinaciones, transformaciones, desenvolvimientos de ciertas ideas generales, de ciertos principios de las ciencias y de las artes.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Á los autores que hacen uso de este argumento para combatir la propiedad intelectual, les costará mucho más probar la existencia de la propiedad material; porque las cosas materiales que son objeto de esta propiedad, no son tampoco más que combinaciones particulares de los elementos generales de la naturaleza que, como tales, no pertenecen á nadie, y aun más, estas combinaciones se distinguen de las del espíritu, en que se las encuentra completamente formadas por la naturaleza, en que se las puede ocupar sin dificultad. No con esta facilidad puede lanzarse el hombre á los dominios de la inteligencia; la tarea de posesión de las verdades generales exige ya de sí un trabajo del espíritu humano, trabajo que, para que termine en una invención ó en una obra intelectual, debe ser regular y sostenido. Si, pues, en alguna parte puede reconocerse el trabajo como una condición de la propiedad, sin duda es en las obras de la inteligencia.» (AHRENS, *Curso de Derecho Natural*, París, librería de Rosa y Bouret, 1853, pág. 185.)

Alfonso Karr la define del siguiente modo: «La propiedad literaria (intelectual) es una verdadera propiedad.» Y el eminente economista y distinguido maestro don Zorobabel Rodríguez, añade: «Pensamos que la propiedad de un escritor sobre el libro que ha compuesto, ó de un pintor sobre un cuadro que ha pintado (propiedad intelectual), es por lo menos tan legítima, completa y respetable, como la del agricultor sobre los productos de su hacienda, ó la del artesano sobre el artefacto producido por el esfuerzo de sus músculos y la destreza de sus manos» («La propiedad intelectual», *Revista de Artes y Letras*, número 1, año 1884, pág. 37.)

Y, en fin, no conocemos legislación alguna que no acepte la existencia de la propiedad intelectual.

Es verdad que con los párrafos citados no se demuestra sino que la propiedad intelectual es tan razonable y necesaria como la material, y que de ésta se desprende; mas como sólo el comunismo la rechaza, corresponderá solamente á los cerebros afiebrados de sus adeptos, el derecho, ó la obligación, más bien dicho, de negar la existencia de la propiedad intelectual.

De la observación de las resoluciones tomadas por el gran número de Congresos internacionales celebrados en los últimos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

años, resulta que todos están contestes en el reconocimiento de lo propio que venimos apoyando.

Creemos que lo expuesto basta para dejar probada la existencia de principio tan hermoso y necesario.

II

¿Por qué el Código Civil establece en el inciso 2.º de su artículo 584, refiriéndose al derecho de los autores, que "esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales? La razón es obvia: porque son distintas ambas propiedades en el objetivo que con el ejercicio de ellas se persigue, como vamos inmediatamente á manifestarlo con el párrafo que á continuación copiamos de la obra de Ahrens ya citada:

"Todos estos razonamientos en pro y en contra de la propiedad intelectual (alude á los que de su misma obra reprodugimos) pecan, según nuestro modo de pensar, en un mismo defecto; en considerar la cuestión de una manera *abstracta*, en hacer abstracción del *objeto* que se propone su autor, y no examinar si este objeto es racional, y si lo es de tal modo que no pueda llegar á él sin que la sociedad le suministre ciertas *condiciones*, que son las que constituyen el derecho relativo á este asunto. Así que el autor, en el mayor número de casos, se propone, publicando y vendiendo su descubrimiento ó su obra intelectual, un *doble* fin: un *fin intelectual*, queriendo que el público participe de sus concepciones científicas, literarias, industriales, etc; y *un fin material*, queriendo proporcionarse por fruto de su trabajo intelectual los medios y las condiciones de la existencia física. El segundo fin es,pues, en nuestro estado social, tan legítimo como el primero. Si el autor es rico y aspira á la propagación de sus ideas ó descubrimientos, venderá su obra á tan bajo precio como juzgue á propósito para hacerla accesible á la fortuna de aquellos á quienes se dirige; pero nadie tiene *derecho* de imponerle esta generosidad, que no es más que un acto de buena voluntad, por lo cual pertenece exclusivamente á la *moral*.

"El fin lucrativo que se propone el autor es tan racional como el de todos los que quieren adquirir su bienestar físico por

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

un trabajo legítimo. Este fin debe estar, de consiguiente, reconocido y garantido por la sociedad, y las *condiciones* que ésta debe suministrar para que se pueda lograr aquel fin y para que el autor pueda reclamar como un derecho arreglado al principio general de justicia, evidentemente consisten en que impida que nadie multiplique por medio alguno el número de ejemplares calculados para cubrir los gastos de impresión y de venta, y dar al autor que ha hecho público su trabajo el honorario, que es generalmente bastante módico.

"Mas hay un interés, *un derecho general* de la sociedad que se eleva sobre la propiedad intelectual considerada como propiedad privada y exclusiva, lo mismo que sobre la material *derecho que exige que esta propiedad tenga sus límites*, que no penda de la disposición arbitraria y exclusiva del autor ó de sus herederos, y que no se prive á un número considerable de personas de la utilidad de las ideas ó descubrimientos científicos, literarios, industriales, por la dificultad de adquirir las obras ó los secretos de la invención. Este derecho de la sociedad respecto á la propiedad del pensamiento, cuando éste ha llegado á ser público, es de una importancia y extensión tanto mayores cuanto que el desenvolvimiento social, el fin común de los hombres depende en gran parte de la propagación de las obras de la inteligencia."

ROBERTO HUNEEUS

(Continuará)

LA REFORMA DEL PODER MUNICIPAL

(Conclusión)

Otro de los puntos más frecuente y ardientemente debatidos, tratándose de la administración municipal, es, y con razón,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el relativo á la policía de seguridad. Quiénes opinan que debe ella depender exclusivamente de los concejos municipales; quiénes le atribuyen al Presidente de la República ingerencia directa en la organización de los cuerpos locales de seguridad. La antigua ley de 1854, como asimismo la últimamente dictada, siguiendo los principios constitucionales, dan asentimiento á la última de las opiniones dichas. ¿Ha habido ó nó conveniencia en el procedimiento adoptado por nuestra legislación en la importante materia que nos ocupa?

Teóricamente considerada la cuestión, nos parece á nosotros indudable que la policía de nuestra referencia debe, en todo y por todo, estar sometida al poder municipal. Y para pensar como lo hacemos nos apoyamos en dos razones: es la primera, la de que se trata de un interés eminentemente local; y es la segunda,—consecuencia de la anterior,—la de que, quitándole la ingerencia que en ella tiene el Presidente, no creemos, como algunos, que pueda peligrar nuestro sistema unitario de gobierno.

La policía de seguridad es, por su naturaleza, la destinada á vigilar por la vida y propiedad de los habitantes de un pueblo determinado. Hablando en absoluto, ella nada tiene que hacer, pues, con los intereses generales ó políticos del Estado, cuya gestión, sabemos, privativamente corresponde á la autoridad central, ó sea, al Presidente de la República en nuestro país. Según lo dicho, ¿puede haber algún servicio más esencialmente local que el que nos ocupa? Teniendo, pues, este carácter la policía de seguridad, y considerando siempre la cuestión bajo un punto de vista eminentemente teórico, mal puede su descentralización atentar contra la unidad de país alguno.

Si, de la región de la teoría, descendemos al terreno de los hechos,—establecidos por la Constitución, mantenidos vigorosamente por la ley de 1854 y seguidos todavía por la del año pasado,—nos encontramos con que la resolución del interesante punto que por el momento nos ocupa, no ofrece iguales facilidades.

Por muchos se ha pedido la descentralización de la policía de seguridad, como han sido descentralizados, siquiera nominalmente, gran parte de los servicios locales. Nosotros cree-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mos que, dado nuestro actual régimen municipal, ó, más bien, el vigente sistema electoral, la descentralización que se pide sería, ó inútil ó perniciosa.

¿Qué sacaríamos, en efecto, con descentralizar la policía si, en la inmensa mayoría de los casos, tal descentralización no sería sino sólo aparente? Descentralizada, legal ó nominalmente dependería de la Municipalidad, del alcalde; pero, en la realidad de las cosas, el gobernador sería su verdadero jefe y sus influencias serían en ella decisivas. Recuérdese, si nó, lo que, refiriéndonos al primer alcalde, hemos ya precedentemente dicho. En la generalidad de los casos, no será este funcionario sino un satélite, una hechura del gobernador, quien naturalmente le impondrá su voluntad, tratándose, sobre todo, del servicio de la policía de seguridad, tan importante bajo el punto de vista administrativo, como ahora, también, bajo el punto de vista electoral ó político. Oportunamente expusimos la poca fe que nos inspiraba la elección de alcalde; sería, pues, inoficioso que repitiéramos aquí lo que entonces dijimos en apoyo de nuestra opinión. Nos referimos, por lo tanto, á lo dicho.

Siendo, pues, el primer alcalde del partido del gobernador, que será, bien se comprende, lo que ordinaria y normalmente ocurra, enteramente inútil resultará la descentralización del servicio de la policía de seguridad. Preferible es, entonces, que sea teórica ó legalmente responsable, también, el funcionario que lo es en la realidad de las cosas. Es esto lo lógico y, sobre todo, lo justo.

Y no perderemos aquí la oportunidad de hacer notar, aunque sólo sea incidentalmente, la inconsecuencia en que, para nosotros, han incurrido tanto la nueva como la antigua ley de Municipalidades. Se le deja, directa ó indirectamente, el nombramiento de los jefes de la policía de seguridad al Presidente de la República, y, en lo demás del servicio de este ramo, se le da ingerencia á las corporaciones municipales. ¿Qué confianza puede prestarle á la Municipalidad un jefe á quien no crea dotado de las condiciones requeridas por el puesto que desempeña? ¿Qué celo puede entonces tomar una Municipalidad en la organización y desarrollo del importantísimo servicio que nos ocupa? No inspirándole confianza los jefes, en cuyo nombra-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

miento no ha tenido la más mínima parte, su acción, en orden á este servicio, será lánguida, floja y hasta perjudicial, porque bien puede tratar de desprestigiar al jefe, desprestigiando al cuerpo entero, para hacerle así al Presidente necesaria la remoción de un oficial que no le inspira confianza ó que lo considera contrario á los intereses de la localidad. Y no se nos diga que nos aventuramos demasiado en nuestras apreciaciones, porque, desgraciadamente, casos prácticos ha habido en que semejante sistema ha sido preferentemente empleado. Es tanto más natural que acontezca de la manera dicha, cuanto son consideraciones políticas las que guían muchas de las resoluciones municipales.

Desde que del Poder Central depende el nombramiento del jefe de la policía, es decir, del más poderoso y eficaz de los elementos de organización de estos cuerpos de seguridad, lo único lógico sería que de él también dependiera la organización, la administración entera de ellos. Debería cargar con toda la responsabilidad consiguiente al nombramiento de aquel jefe, que es, lo repetimos, el que más influencia tiene en el buen ó mal servicio del cuerpo colocado bajo sus órdenes. No deberían, pues, dividirse las atribuciones en esta materia: ó de la Municipalidad depende el nombramiento dicho, y, entonces, lógico es que ella también conserve las demás facultades en orden al servicio que nos ocupa; ó, reteniendo el Poder Central aquel nombramiento, se le atribuyen naturalmente á él también, por medio de sus agentes, la totalidad de atribuciones en la materia. Es, en la generalidad de los casos, casi moralmente imposible que la Municipalidad se interese, como debiera, en la buena organización de la policía, cuando no tiene en su mano el más poderoso medio de conseguirla, y cuando, lo que frecuentemente ocurre en el nombramiento del jefe antes que todo se consultan, nó las conveniencias del buen servicio público, sino meros intereses políticos, y, por lo mismo, deleznables y perturbadores. Desde que en la organización de la policía de seguridad el Ejecutivo tiene tan grande y transcendental iniciativa, lo justo y lo lógico sería, pues, que sobre él recayera toda la responsabilidad de la administración de la guardia, no con mucha razón llamada municipal. La división

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de atribuciones y, consiguientemente, de responsabilidades, en esta materia, es sólo ocasionada á mal servicio y á continuas y dañosas hostilidades. Se le diera siquiera á la Municipalidad,—justísimo sería,—la facultad de proponer los individuos que creyere más idóneos para el desempeño del importante cargo de jefe de la policía de nuestra referencia; pero ni aun se le concede este derecho, sino que se deja en absoluto en manos del gobernador ó del subdelegado, ó, lo que tanto da, del Presidente de la República, la facultad de nombrar y destituir á todos los jefes de la policía de seguridad, y á los subalternos, á propuesta de aquéllos. Sería, como lo hemos dicho, más lógico y también más provechoso, ya que no se le quieren conceder á la Municipalidad amplios poderes en la materia, que de la autoridad central dependiera la organización y el servicio entero de la Guardia Municipal. Así habría una sola autoridad responsable del buen ó mal desempeño, y ésta tendría que poner entonces más celo y contracción en mejorar un servicio que tan directamente afecta primarios intereses de la sociedad. De esta manera, no podría excusarse el Poder Central con la Municipalidad, ni ésta con aquél, como ahora. La acción directiva y organizadora, relativamente al servicio que nos ocupa, sería entonces más rápida, más activa, más amplia; se vivificarían, por decirlo así, todos los órganos del servicio. No habría repartimiento de responsabilidades, ni éstas, por consiguiente, se amortiguarían recíprocamente: desaparecería así esta fecunda causa de dificultades, de choques, de mal servicio en general. El Poder, directa, únicamente responsable, pondría mayor empeño en llenar más eficazmente un cometido del cual se le tomaría estrecha cuenta, como que él se refiere, según lo dicho, á vitales intereses de la sociedad.

Dejando la no inútil digresión á un lado y volviendo á nuestro punto de partida, repetiremos que, *atendido nuestro sistema electoral*, creemos inútil, por las razones que oportunamente expusimos, la descentralización de los cuerpos locales de séguridad. Decíamos también, partiendo del mismo antecedente, que semejante medida la estimábamos perniciosa. Tal sucedería en el caso de una Municipalidad cuya mayoría fuera opositora. Las ideas y las influencias políticas, preponderantes hasta

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ahora en la administración de los intereses locales, se sobrepondrían, como siempre, tratándose de la guardia municipal, de este eficaz y poderosísimo medio de intervención electoral. Se la consideraría, en muchos casos, antes que como un elemento de seguridad y órden público, como uno de lucha contra las influencias políticas del Poder Central. Habría, pues, más interés en organizarla bajo el punto de vista de las conveniencias políticas que en pro de las bien entendidas consideraciones administrativas. Ni siquiera podría admitirse la descentralización, en el caso que nos ocupa, como una medida de compensación y de contrapeso políticos. Los perjuicios que de ello resultarían serían, á nuestro juicio, mayores que sus ventajas, y, consecuentemente, la localidad sería la sacrificada.

Pero, teóricamente hablando, en páginas anteriores hemos dicho que el servicio de la policía de seguridad pertenece al número de aquellos relacionados con intereses eminentemente locales, y que, por consiguiente, las corporaciones municipales son, por su misma naturaleza, las llamadas para dirigirlo y administrarlo á su voluntad. Acabamos de ver también que, prácticamente considerada la cuestión, atendidas, sobre todo, las sugestiones á que los miembros de estas corporaciones obedecen, los móviles que presiden los actos y resoluciones de la Municipalidad, y la incompetencia de la mayoría de sus miembros, dicha descentralización sería inútil ó perniciosa. Pero ¿no habrá algún medio que salve, ó, al menos, que en gran parte atenúe los inconvenientes de la descentralización que nos ocupa? Menester será buscarlo para relacionar y conformar los hechos con la sana teoría, y evitar la chocante contradicción en que actualmente se encuentran.

Dicho medio existe, á nuestro entender; y él no es otro que la reforma electoral, ya más de una vez pedida en este estudio, y que constituye su objeto principal y su más sólido fundamento. Salvando,—si no en todo, en gran parte, por lo menos,—los inconvenientes apuntados, la reforma electoral relativa á las elecciones municipales, independizaría á las Municipalidades; las elevaría, de los intereses políticos y perturbadores del momento, á los permanentes intereses y conveniencias de la localidad, por lo mismo que sus miembros serían elegidos entre los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

más honrados y competentes, por un cuerpo electoral directa, vivamente interesado en la provechosa gestión de los negocios locales. Entonces, existiendo más administración y menos política, no habría ningún peligro, ó sólo pasajeras y transitorias inconveniencias, en confiar el servicio entero de los cuerpos locales de seguridad, á corporaciones inspiradas, antes que todo, en los intereses locales y en el exacto cumplimiento de sus deberes administrativos. Y entonces también podría reclamarse la descentralización de nuestra referencia, no sólo como una medida administrativa y de mejor servicio local, sino también y á virtud de nuestras especiales circunstancias, como una medida política relacionada con permanentes intereses generales.

Sabida es, en efecto, la enorme influencia electoral de que dispone el Ejecutivo, teniendo en su mano la policía entera de seguridad. Descentralizado este servicio, dependiendo, no ya del Poder Central, sino de diligentes administradores, elegidos, como queda dicho, por un cuerpo electoral, en general ilustrado y con intereses permanentes en la localidad, prestará muchas más garantías de buen desempeño que si dependiera del gobierno central, ó sea, del gobierno político de la República. Muy lejos estamos de afirmar que, de la noche á la mañana, y á virtud sólo de la reforma del sistema electoral que proponemos cambie por completo y en absoluto el modo actual de ser de nuestros cuerpos locales de seguridad. No tal; lo único que sostenemos es que, componiéndose las corporaciones municipales de ciudadanos más competentes, instruídos y probos que en la actualidad, como consecuencia necesaria de su mismo modo de elección, la administración local, en todos sus ramos, habría dado un gran paso de progreso, y las consideraciones políticas, si no relegadas al último término, no serían ya los móviles determinantes de los actos y resoluciones municipales. Sobre todo al principio,—no nos ilusionamos,—estas consideraciones se dejarían siempre sentir, principalmente en razón de los hábitos inveterados que corrompen nuestro defectuoso sistema administrativo; pero lo que la reforma vaya entrando en nuestras costumbres, cuando se palpen los beneficios que de ella se derivan y que es susceptible de dar, entonces, y por la fuerza misma de las cosas, las consideraciones del bien entendido interés público

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se irán sobreponiendo en los concejos de la administración local, y podremos así alcanzar, relativamente en poco tiempo, un grado de progreso administrativo, de que ahora, puede decirse, no tenemos idea, por el defectuoso sistema electoral actualmente imperante, que corrompe, desde su cimiento, toda organización, toda reforma municipal que se implante sobre tan deleznable base.

En las condiciones dichas, la descentralización de los cuerpos locales de seguridad sería tanto más fructífera cuanto á este servicio se le comunicara un carácter eminentemente civil. Prescríbanseles, en buena hora, reglas á las Municipalidades, en orden, verbigracia, al número de los guardianes, fijando un máximun y un mínimun, según las poblaciones; limítense, si se quiere, sus facultades en la materia; pero dentro de lo que naturalmente debe otorgárseles, déjeseles completa libertad de acción, que entonces dependiendo de ellas los cuerpos locales de seguridad, habrá una razón más todavía para la acertada y provechosa elección de los miembros de estas corporaciones.

El Presidente de la República, interesado, más que en otra cosa, en impulsar y desarrollar las conveniencias generales ó políticas de la nación, atenderá, naturalmente y en la generalidad de los casos, á estas conveniencias, para la designación de los jefes de la policía de seguridad, y el servicio entero de dichos cuerpos se resentirá, por lo tanto, de este defecto de origen. La designación de los jefes, como, en general, todo el servicio local de la policía de nuestra referencia, debe, pues, corresponder á los que, antes que á aquellas conveniencias generales, atiendan á los intereses particulares ó administrativos de las respectivas localidades, que no son otros que sus vecinos, representados genuinamente, según el sistema de elección propuesto, por las libres corporaciones municipales.

Algunos espíritus timoratos creen ver en la descentralización del servicio que nos ocupa, un motivo de perturbación y hasta de choques entre los cuerpos locales de seguridad y fuerzas que obedezcan á las órdenes del gobierno central de la República. Pero para que tales choques llegaran á producirse sería necesario tal y tan extraordinario conjunto de circunstancias, que bien podemos prescindir de ellas: tal sería su improbabilidad.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Las leyes, tengámoslo presente, se hacen para los casos normales y ordinarios, y produciendo su aplicación una gran suma de beneficios, aun cuando resulten algunos inconvenientes y perjuicios, se ha alcanzado lo que con ellas se pretende. No puede, en una palabra, bien lo sabemos, existir ley alguna perfecta; todas ellas, y principalmente en materia política y administrativa, dan lugar á dificultades y entorpecimientos en casos determinados, que no alcanzan, ni con mucho, á contrabalancear, por decirlo así, los beneficios producidos. De esta naturaleza, creemos nosotros, sería la ley que estableciera la descentralización del servicio local de policía de seguridad, siempre que previamente se consultara la condición, á nuestro juicio necesaria para la eficacia de tan trascendental reforma. Se alcanzaría con ella mejora indudable en el servicio, y arrebatándole ella también al gobierno central uno de los más eficaces medios de intervención electoral, ganaríamos mucho en hábitos políticos, y, andando el tiempo, poderosamente se fomentaría el interés general del país.

Reformando la base del sistema electoral aplicable á las corporaciones municipales, habría, según lo dicho, muchas más garantías de competencia en la gestión de los intereses comunales, y la descentralización del servicio de la guardia municipal, que lo sería entonces tal en toda la extensión de la palabra produciría muchas más ventajas que inconvenientes.

Pero como, dado el estado de considerable atraso de muchos de nuestros departamentos, se nos podría objetar que la descentralización de tan importante servicio, sería, quizás, ocasionada á mala administración, nos limitamos á pedirla, por de pronto, para las capitales ó cabeceras de provincia. Es, en efecto, difícil que exista alguna de estas capitales que no esté ya suficientemente preparada para una,—si no completa, como lo creemos,—por lo menos mucho más avanzada descentralización que la que la nueva ley les acuerda. Hay, en ellas, á nuestro juicio, todos los elementos necesarios para llegar á formar excelentes concejos locales, que á todos inspiraran completa garantía de imparcial y provechosa administración. No vemos, por otra parte, la necesidad de que se apliquen unos mismos principios, una misma ley, á todo el territorio de la República.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La absoluta uniformidad en las leyes administrativas, puede ser ocasionada á inconvenientes y perjuicios, que se salvarían á virtud de una discreta y bien comprendida distinción legal, distincion que, á su vez, se basaría en la diferencia ya de antemano establecida por la misma naturaleza de las cosas. Desde que tenemos una excelente base de donde partir; desde que las capitales de provincia naturalmente alcanzan un grado mayor de desarrollo y progreso; desde que, por lo mismo, hay en ellas vecinos que, por su competencia y relativa ilustración, no necesitan ya la tutela del Poder Central en lo que se relaciona con la gestión de los intereses locales; desde que todo esto existe creemos nosotros que se haría obra de justicia y de conveniencia comenzando la descentralización por las poblaciones que tales condiciones llenaran. ¿Resultaría de ello algún perjuicio? Lo único que se rompería sería la unidad en la legislación administrativa; pero no implica esto inconveniente de ninguna especie; al contrario, desde que son distintas las condiciones de progreso de las localidades, desde que uniformemente se nota mayor desarrollo y más vasta ilustración en las capitales de provincia, justo, justísimo es entonces que la ley que organiza y rije su administración interna, se ponga en armonía con las especiales condiciones que las caracterizan. No divisamos en ello, lo repetimos, inconveniente alguno, y sí sólo, á nuestro juicio, ventajas, y ventajas considerables.

Tan justa y favorable creemos nosotros la tesis que sostenemos, que vamos todavía más lejos, y la hacemos extensiva, no sólo á las cabeceras de provincia, sino también, y con rigurosa lógica, á provincias enteras. Así como aquellas cabeceras ó capitales se encuentran en condiciones más favorables que las demás poblaciones de la República, para implantar en ellas una administración más independiente, un régimen más amplio de descentralización, así también hay provincias enteras que, á virtud de su grado de progreso y relativamente avanzada civilización, podrían también gozar, con ventaja, de iguales libertades y franquicias. Es éste un hecho evidente, palpable, que se impone, por lo mismo, á todos los habitantes de este país. Tarea es entonces de los legisladores, y de los legisladores que deseamos para Chile, apreciar con equidad y justicia, teniendo en vis-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ta los bien entendidos intereses nacionales, las diferencias que los hechos mismos y las condiciones naturales establecen, para fundar en ellas correlativas diferencias legales. Aplicadas estas diferencias, llegarían, seguramente, muy pronto á ser fecunda y provechosa fuente de beneficios. Así también se establecería la emulación, primero entre las poblaciones, después entre las provincias, que se deberían entonces á sí mismas; rivalizarían mútuamente; procurarían marchar siempre adelante, y se apresurarían á apropiarse las buenas prácticas de las demás administraciones locales. La recíproca emulación no sería, pues, la causa más insignificante de progreso y bienestar, atendida, sobre todo, la misma naturaleza humana y los móviles que impulsan sus actos.

Ahora, esta emulación no puede existir: no hay en las localidades vida propia; todo obedece á las influencias y al dinero del Poder Central, y todo también se resiente de una tutela que ya, en gran parte, ha hecho su época y que es del todo innecesaria.

Hemos hecho referencia á una de las principales razones, la principal, más bien, con que se combate la descentralización administrativa ó el gobierno propio y exclusivo de los departamentos. El atraso y deficiente progreso en que muchas de nuestras localidades se encuentran, es la valla insalvable donde han venido á estrellarse muchas patrióticas aspiraciones de libertad. Reconocemos, sin duda alguna, toda la fuerza de esta consideración, que, como apoyada en la realidad de las cosas, es evidente é incontestable. No negamos, pues, el lamentable atraso de cierto número de nuestros departamentos, especialmente de los que más apartados se encuentran de los principales centros de actividad social, industrial ó política. Dicho atraso se impone, en efecto, con la evidencia de la luz del mediodía; pero, con todo, creemos que se exagera, y que se desconoce una de las causas que más eficazmente contribuyen á un estado de cosas que nada de halagador tiene para nuestro patriotismo. La tutela del Poder Central, conveniente y necesaria dadas estas circunstancias, en gran parte ahora desaparecidas, se ha impuesto con fuerza prepotente en todo el país, mediante la centralizadora ley de 1854, apagando toda iniciativa, todo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

estímulo local, y sometiendo las poblaciones á una vida, por decirlo así, pasiva, en que todo ha dependido de la buena ó mala voluntad del Ejecutivo, fielmente representado, en cada departamento, por el respectivo gobernador. Con semejante tutela, mucho más rigurosa que la que en realidad se necesitaba, por lo menos en estos últimos años, el progreso administrativo del departamento, antecedente y generador en buena parte de su desarrollo industrial y político, no ha podido tomar el vuelo que las naturales condiciones permitían, oprimido como ha estado por esa verdadera camisa de fuerza, digámoslo así, de una férrea y opresora centralización. Véase, pues, en ésta una de las causas, y no la menos importante, del deficiente progreso de muchas de nuestras poblaciones, y del espíritu apático é indiferente que, por lo general, domina en sus habitantes, relativamente á la administración local, y á la cosa pública en general. Si por su actual estado, no todos nuestros departamentos pueden entrar de lleno en el goce de una completa descentralización, concédasela, á lo menos, según ya hemos tenido oportunidad de expresarlo, á los que ya están para ello suficientemente preparados, tomando por ahora, como punto de partida, los departamentos cabeceras de provincia, que, siendo en su totalidad ó casi en su totalidad, centros de ilustración y de progreso, ello mismo constituye la más eficaz garantía de la correcta gestión en los negocios de la administración local, siempre que, como medida previa, se reforme la defectuosa base electoral, en la actualidad existente.

La completa descentralización administrativa traerá, como todas las reformas, algunos inconvenientes, sobre todo en su primera aplicación; pero estos inconvenientes que á algunos espíritus sorprenden y paralogizan, no pueden constituir, bien se comprende, óbice alguno para una reforma que tendrá como consecuencia incalculables, ilimitados beneficios. Si vamos, por lo demás, á esperar que desaparezcan estos inconvenientes, podemos, desde luego y sin duda para siempre, desechar toda idea de reforma.

Pero, si de una completa descentralización administrativa, y tal como están las cosas, no todos nuestros departamentos son susceptibles, en cambio, lo que á todos ellos, sin excepción, es

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

aplicable, y con más razón á los atrasados, es la reforma electoral que vivamente hemos pedido en este estudio, relativa á la elección de los miembros de las corporaciones municipales. Y decimos *con más razón á los atrasados*, porque la restricción del sufragio, apartando, en gran parte, al elemento político, poco preocupado ó totalmente desinteresado en la buena gestión de los negocios locales, y concentrando, en un solo propósito, al elemento sano y estable de los poblaciones, ha de llevar, necesariamente, á los concejos municipales, los vecinos más competentes y respetables de la localidad; y será, entonces, tanto más necesario y provechoso su trabajo, cuanto más campo de acción les deje el atraso ó incipiente progreso de los departamentos. Yendo así, al frente de la administración local, los más competentes habitantes de los pueblos; haciéndose, lógico es esperarlo, honrada y progresista tarea, se iría rápidamente preparando el terreno para una completa descentralización administrativa, característicamente llamada *self government* por los ingleses. Y quizás esta completa y absoluta descentralización se impondría entonces mucho más rápidamente de lo que ahora alcanzamos á preverlo, porque es mucha, muchísima, casi incalculable la influencia que tiene en el desarrollo y progreso de los pueblos, una honrada, activa é inteligente administración.

Bajo cualquier punto de vista que se considere la restricción del sufragio que pedimos, no ofrece sino ventajas, á lo menos prácticamente ó en sus resultados considerada la cuestión. Ó estamos muy engañados, ó así lo exige el interés nacional honradamente apreciado. Pero, aun cuando la restricción irrogara algunos perjuicios, hiriera algunos derechos, que los herirá muy probablemente, — los primeros somos en deplorarlo,—ello no puede ser un obstáculo para emprender una reforma, que, como acabamos de decirlo, es de interés nacional, de verdadera utilidad pública. En otras páginas de este trabajo hemos expuesto las razones de justicia y de necesidad que imperiosamente piden una reforma, que se impone ya al menos observador de los espíritus; y hemos dicho también que los beneficios de las innovaciones necesarias no deben ser desatendidos, en razón de los inconvenientes relativamente pequeños que ellas puedan irrogar.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

No ha entrado en nuestro propósito hacer un estudio detallado y completo de la nueva ley de Municipalidades, estudio que, por lo demás, nos habría llevado muy lejos, y nos habría, por lo tanto, sacado de los límites en que debe encerrarse este trabajo. Á muchas y fundadas observaciones se presta la ley antes citada; pero nuestra intención sólo ha sido estudiarla en general, ó, más bien, en sus bases fundamentales, en aquéllas que más directa relación tienen con el gobierno autónomo municipal, ó sea, con la descentralización administrativa, por todos y desde tanto tiempo reclamada. Hemos querido, ante todo, indicar el verdadero mal que fundamentalmente corrompe la administración local de los departamentos.

Ahora que conocemos la nueva ley, ó, más bien, ahora que la hemos estudiado en sus puntos, por decirlo así, culminantes, podemos, con conocimiento de causa, responder en un sentido negativo la pregunta que formulábamos al comenzar este estudio. Propiamente hablando, no existe, pues, Poder Municipal en Chile, esto es, las corporaciones municipales no tienen la independencia que debieran en los asuntos locales esencialmente privativos de su incumbencia. Y, según ya hemos tenido oportunidad de expresarlo, menos ha existido este Poder bajo la vigencia de la ya extinguida ley de 1854. Podemos, en general, establecer que, mientras rija el principio constitucional de que "ningún acuerdo ó resolución de la Municipalidad que no sea observancia de las reglas establecidas, podrá llevarse á efecto sin ponerse en noticia del Gobernador, ó del Subdelegado en su caso, quien podrá suspender su ejecución, si encontrare que ella perjudica al orden público", mientras subsista, decimos, esta base fundamental, no puede decirse que haya en Chile Poder Municipal autónomo é independiente. El defecto originario de la excesiva centralización, que ha tan vivamente caracterizado nuestro servicio administrativo, lo encontramos, pues, en la Carta Constitucional del Estado. Los Constituyentes de 1833 con infinita sabiduría, dentro de su propósito y dentro de su época, comprendieron todo el alcance del trascendental principio sobre que sentaban el régimen municipal chileno. Legislando para una época de convulsiones y desorganización políticas, quisieron fortalecer al Ejecutivo y unificar al país, dándole á aquél tam-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

bién las riendas de la administración local de los departamentatos. Inspirada, más que en la letra, en el espíritu del citado principio constitucional, y, principalmente, en las necesidades del momento, que reclamaban para el Ejecutivo excepcionales facultades, vino después la ley de 1854, que llevó la idea de la centralización administrativa hasta un extremo, que sólo puede explicarse á virtud de las circunstancias peculiarísimas de la época para la cual se legislaba. No es, sin embargo, de extrañar que á tal resultado se llegara, aun no mediando dichas extraordinarias circunstancias, dado el antecedente constitucional, á que acabamos de referirnos, y que, á nuestro juicio, es de un alcance realmente enorme, ilimitado. Lo que sí habremos de extrañar es que una ley dictada en una época excepcional, haya tenido, sin embargo, muy cerca de treinta y cuatro años de vigencia, no obstante haber luego desaparecido las especiales circunstancias, que, en buena parte, motivaron sus preceptos de estrecha y rigorosa centralización. Tan prolongada vigencia solo puede explicarse en razón de los hábitos conservadores que tan netamente caracterizan nuestro modo de ser político. Es preciso, en efecto, que una idea de reforma haya entrado aún en los espíritus más reacios y timoratos para que nos decidamos á llevarla á la práctica é incorporarla en nuestra legislación, sin que se nos ocurra pensar en el tiempo perdido y que hubiera podido con fruto aprovecharse, á haber principios más liberales presidido en los consejos de nuestros legisladores. Sensible, pues, ha sido que no haya habido un núcleo de decididos y honrados ciudadanos, que, comprendiendo todas las trascendentales ventajas de la descentralización administrativa, se hayan puesto firmemente á la obra para conseguirla, estableciéndola, eso sí, sobre la base electoral que juzgamos indispensable para que ella en realidad exista y dé todos los buenos resultados que es suceptible de producir.

Ni siquiera la ley últimamente dictada, en la reforma más importante que encierra, ha llenado la necesidad tan vivamente sentida, según hemos ya tenido oportunidad de demostrarlo. Si descentraliza, aunque sólo aparentemente, algunos servicios locales y afloja un poco los lazos que entregaban las Municipalidades á la discreción del gobierno central, deja, en cambio,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y en el fondo, las cosas tales cuales han subsistido hasta aquí. Ha sido desgraciadamente, dictada con un muy imperfecto conocimiento de los principios, por decirlo así, científicos que en la materia dominan, y, lo que es más extraordinario, con un absoluto desconocimiento de los resultados prácticos que su aplicación seguramente producirá.

Hemos, en efecto, visto que la reforma relativa al primer alcalde, esto es, la descentralización, en manos de este funcionario, del mayor número de los servicios municipales, es, aisladamente considerada, atacable por dos capítulos: por el personalismo que importa, tan contrario á la verdadera descentralización, y por la evidente injusticia de atribuir á uno sólo de los miembros de la corporación todo el peso de la administración local.

Pero aun cuando la nueva ley hubiera, con éxito, salvado estos escollos, ella sería siempre y fundamentalmente defectuosa por reposar sobre un muy poco sólido cimiento. Si el sistema de elección municipal no responde ni á las exigencias ni á las necesidades que en el orden de la administración local se hacen sentir, tiene, por la fuerza misma de las cosas, que reflejarse este defecto de la ley en todo el mecanismo municipal, principiando, necesariamente, por los miembros que componen las corporaciones. No creemos exagerado cuanto en esta materia digamos, y en ello insistimos muy deliberadamente, porque es este, á nuestro juicio, el verdadero eje de la dificultad, la causa originaria de todos los males de la administración local, causa que, á nuestro entender, ha sido sólo tímidamente expuesta, y, según también nuestro modo de ver las cosas,—bien podemos equivocarnos,—no siempre suficientemente comprendida.

Podrá modificarse la ley municipal cuantas veces se quiera, podrá dársele la forma más liberal posible; pero todo cuanto se haga en el sentido de una bien intencionada gestión municipal, será en gran parte inútil si no se ataca con mano firme el malestar y la desorganización donde en realidad se encuentran. Todas las leyes de reforma que en materia municipal se dicten y que descansen sobre la imperfecta base de nuestro sistema electoral, nacerán con un mismo defecto de origen, y unos mismos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tienen que ser sus desfavorables resultados. Podrá con ellos ganar la administración en materias secundarias ó de detalle; pero, *esencialmente*, las cosas subsistirán como hasta el presente: bien poco será, pues, lo que con esas leyes podremos avanzar.

El malestar que perturba las funciones de la administración local no está, pues, precisamente en la ley orgánica que la reglamenta; el cáncer, digámoslo así, la originaria desorganización se encuentra en nuestro defectuoso sistema de elección municipal. Por esto es que miramos con desconfianza la opinión de los que creen que mucho, muchísimo, se habrá adelantado concediéndoles á las Municipalidades propios y abundantes recursos con que ámpliamente puedan subvenir á las necesidades de la administración local. Aún más, hay algunos que llegan á figurarse que en esta cuestión de recursos va envuelta la verdadera panacea que ha de mejorar como por encanto todos los males y todas las perturbaciones de nuestro imperfecto régimen municipal. Por nuestra parte, muy lejos estamos de negar toda la primaria importancia de un abundante y bien combinado sistema de subsidios; disentimos, sí, en cuanto, á nuestro juicio, no es esto lo primero que debe reformarse, ni atraer preferentemente la inteligente é ilustrada atención de nuestros legisladores. Lo que debe en primer término crearse son buenas administraciones locales, que den amplias garantías de acierto y honradez en el manejo de los caudales municipales. ¿Qué sacaríamos con tener abundancia de recursos si, como hasta aquí, no han ido, por lo general, á las corporaciones municipales los vecinos más honrados y competentes, sino ciudadanos elegidos entre los partidarios políticos, sin significación social ni popular, sin versación de ninguna especie, sin prestigio alguno, y, muchas veces, hasta sin la condición esencial, fundamental, de todo funcionario público, hasta sin honradez? Antes, pues, que la cuestión económica está la cuestión administrativa: creemos los buenos administradores antes de crear los recursos; de otra manera, nos exponemos á una mala gestión económica, al derroche, al despilfarro, y ¿por qué no decirlo? á la directa ó indirecta distracción de los bienes comunales. Con malos y poco escrupulosos administradores, la abundancia de recursos es un mal antes que un bien: todo se hace á tontas y á locas, como vul-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

garmente se dice, sin criterio, sin norma ni propósito fijo de ninguna especie: se gasta, en una palabra, mucho y mal. Y resulta entonces un doble perjuicio: mala administración económica, y aumento de las cargas de los contribuyentes, comoquiera que la abundancia de recursos ha de originarse del aumento de las contribuciones. Deber, y deber primordial é ineludible de nuestros legisladores, es entonces salvar este gravísimo escollo, procurando, antes que todo, la competencia y honradez en los miembros que componen las corporaciones municipales. Refórmese, pues, el sistema de elección municipal; déseles en él ingerencia sólo á los que deben tenerla, esto es, á los que están directa y permanentemente interesados en una provechosa gestión local; quíteseles, por el contrario, toda intervención á los que ningún interés tienen en dicha gestión, ó sólo lo tienen transitorio, ó meramente político, y entonces se verá cuán trascendental habrá sido el paso dado en el sentido de una verdadera y fecunda regeneración municipal. La reforma, en tales condiciones, importará necesariamente el gobierno de los hombres honrados, competentes, activos, trabajadores; de ciudadanos verdaderamente interesados en el progreso y bienestar locales, como que serán elegidos por un cuerpo electoral vivamente interesado también en esas mismas condiciones de progreso y bienestar. Fácilmente se comprende todo el bien que nos puede reportar una reforma que traiga consigo tales y tan favorables consecuencias. Tenemos fe incontrastable en lo conveniente de semejante reforma, y por lo mismo, nos atrevemos á pensar que, antes de mucho, sea benéficamente introducida en nuestro actual y defectuoso régimen de administración municipal. Ello se conformaría con lo que estimamos la justicia, la conveniencia, con la necesidad, en fin, por todos universalmente sentida.

Mucho se teme que los entorpecimientos, los incorrectos procederes, el mal espíritu que anime á los miembros de las Municipalidades recientemente elegidos bajo la vigilancia de la nueva ley, desacrediten la reforma ó el principio de la descentralización administrativa que desde tantos años se ha venido incesantemente pidiendo. Creen algunos, también, que el fracaso de la nueva ley de reforma traerá como consecuencia la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vuelta al antiguo y condenado régimen. Por cuanto hemos dicho en el curso de este estudio, se caerá en la cuenta de que tal descrédito tiene, á nuestro juicio, forzosamente que venir; pero no porque la actual reforma sea en sí, abstractamente considerada, mala ó desfavorable, nó: la descentralización de los servicios locales es un bien inapreciable que trae también, como consecuencia, beneficio de toda especie. En principio, como decimos, la reforma es buena, magnífica. Dará, sí, malos resultados en gran parte, porque no se la estableció sobre la base en que debió cimentársela, esto es, sobre un sistema electoral que decisiva preponderancia diera á los directamente afectados por la administración municipal. La excesiva amplitud del sufragio es, lo sabemos, un mal, tratándose de las elecciones municipales. Así, en Francia y, principalmente en Estados Unidos, el sufragio universal ha hecho decaer los cuerpos de administración local á un estado muchas veces de increíble incompetencia y corrupción, y los espíritus sensatos de aquellos países se preocupan sériamente de tan lamentable estado de cosas, tanto más cuanto el sufragio universal, una vez establecido, se hace ya muy difícil limitarlo. Por el contrario, en Inglaterra, el país libre por excelencia, con el sistema electoral restringido á los contribuyentes, las corporaciones municipales son cuerpos ejemplares, considerados por los ingleses, y con sobradísima razon, como una de las más sólidas bases de su portentoso progreso político y del no menos portentoso engrandecimiento de la nación entera: tal es la importancia de las libres y bien organizadas instituciones municipales, aquí tan en menos consideradas. No hay, pues, que descorazonarse si la nueva ley da los malos resultados previstos, ni que pedir tampoco la vuelta al antiguo y caduco régimen municipal, como algunos, irreflexivamente, no estarían, quizás, muy distantes de hacerlo. Menester será entonces llevar la reforma á donde debió llevársela desde el principio, y modificar la base del sistema electoral vigente ahora en las elecciones municipales. Sólo así podremos llegar á una verdadera descentralización, esto es, á la administración de los negocios esencialmente locales por los vecinos interesados en su correcta gestión. Sería ésta una medida de honrada política y de alta conveniencia pública, y sus resulta-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dos se traducirían, primero, en bienestar local, y, luego, en sólido é indefinido progreso para el país entero. Y es ésta además, una de las más progresistas y liberales reformas que puedan emprenderse por nuestros legisladores, porque independizando ella á los cuerpos locales del elemento malsano, corrupto y vendible, perturbador, en una palabra, y dando justo y omnipotente predominio á aquellos á quienes permanentemente afecta la administración de los intereses locales, independiza, por el hecho mismo, y en cuanto es posible, á dichas corporaciones, de la acción ilegítima del Gobierno y de los partidos, y hace de ellas cuerpos libres y esencialmente administradores.

Váyase, pues, francamente, á la reforma electoral, sin timideces ni paliativos; atáquese el mal en su origen, en su verdadera fuente, y se verá entonces modificarse muy favorablemente el personal de nuestras Municipalidades, y llegará también entonces el momento oportuno de pensar en una completa descentralización administrativa. Tan patriótica tarea sería honra para el que valientemente la emprendiera, y sólido é inapreciable beneficio para el país entero.

Resumamos, para concluir, nuestro pensamiento y nuestro deseo.

Refórmese, limitándolo, el sistema electoral vigente en las elecciones municipales; déseles, entonces, á las Municipalidades oportuna y completa libertad en la administración de los asuntos relativos á intereses esencialmente locales, cuidando, por lo tanto de no invadir el campo propio de la acción del gobierno central, relacionado, como sabemos, con los intereses generales ó políticos de la nación; limítense, con este objeto y detalladamente, las peculiares atribuciones que se les confieran; hágaselas tan numerosas cuanto sea posible, para tener, así, mayores probabilidades de acierto, y evitar las dañosas influencias de círculo, de familias importantes, ó las poderosas de intereses particulares, tan frecuentes en las por lo regular reducidas corporaciones municipales: tales son, en conjunto, nuestras aspiraciones, y tales las condiciones que creemos indispensables para darles competencia y prestigio á las Municipalidades, y tener, por lo tanto, mayores garantías de una honrada, laboriosa y fecunda administración local.

JOSÉ A. ALFONSO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

¿TIENE MÉRITO EJECUTIVO LA CONFESIÓN FICTA ó presunta, esto es, la que la ley da por hecha en pena de no comparecer el demandado á prestarla?

SEÑOR DIRECTOR DE LA «REVISTA FORENSE CHILENA»

En el tomo IV, número 2, página 97, uno de los señores colaboradores de V. ha propuesto á los hombres de la profesión el estudio de una cuestión práctica, que se presenta casi diariamente en los juzgados y tribunales,—á saber:

«¿Tiene mérito ejecutivo la confesión ficta ó presunta, esto es, la que la ley da por hecha en pena de no comparecer el demandado á prestarla?»

Deseando terciar en la cuestión, me tomo la libertad de remitir á V. mis apuntes para que V. les dé cabida en la REVISTA y sus lectores puedan apreciar los fundamentos de la opinión contraria á la sostenida por el ilustrado colaborador de V.

Me bastará tomar lo conducente de mis anotaciones ó comentarios á la ley de 8 de febrero de 1837, que mantengo encarpetados para mejores tiempos.

ARTÍCULO 10.—«Si se hubiere de preparar la vía ejecutiva por la *confesión judicial*, ó el reconocimiento de la firma *del deudor* en documento que sin este requisito no sea ejecutivo, se pedirá por escrito ante el mismo juez que practique la que corresponda de estas diligencias, y se hará comparecer al deudor para que responda ó reconozca.»

Este artículo 10 es copia literal del artículo 313 de la ley española de 24 de julio de 1830, de enjuiciamiento sobre causas de comercio.

Ese artículo 313 dice:

«Si se hubiere de preparar la vía ejecutiva por la confesión judicial ó el reconocimiento de la firma del deudor en documento que sin este requisito no sea ejecutivo, se presentará escrito, pidiendo la que corresponda de estas diligencias, y se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

hará comparecer al deudor para que responda á las posiciones que presente el acreedor.»

Tenemos dos puntos que deben tratarse en dos parágrafos:— 1.º, confesión judicial del deudor;— 2.º, reconocimiento de la firma en documento privado.

Tomando de mis apuntes lo conducente, la cuestión sería ésta.

«¿Es suficiente la confesión ficta del deudor para que tenga lugar la ejecución?»

No hay aquí cuestión acerca de los requisitos esenciales de la confesión judicial para su validez, en conformidad á las leyes del título 13, Partida 3.ª, y del título 9, libro 11 de la Novísima Recopilación.

Faltando algunos de esos requisitos esenciales, no puede decirse que haya confesión judicial ó que sea válida la que se hubiere hecho, ya sea verdadera, ya ficta.

Es incuestionable que la ley 4, título 28, libro 11, Novísima Recopilación, está vigente, y ella dispone que *las confesiones claras fechas ante juez competente trayan aparejada ejecución.*

Pero de aquí no se sigue que la confesión ficta ó presunta, por el hecho de serlo, carezca del requisito de *claridad*, ó que *sea dudosa ó ambigua, ó no clara y precisa.*

La confesión *clara*, de que hablan la ley citada y otras, tiene su significado propio, como vemos en la ley 1.ª, título 3, libro 13 D: *Si certum petetur, illa actione utitur qui* certam pecuniam numeratam *petit.*

En una palabra, confesión clara es confesión que recae sobre cantidad líquida ó determinada, y no ilíquida ó indeterminada.

La fuerza probatoria de la confesión judicial, ya sea verdadera, ya sea ficta, está enérgicamente expresada en la ley 4.ª, título 1, libro 11 D: *Voluit Prætor, adstringere eum qui convenitur ex sua in judicio responsione, ut vel confitendo vel mentiendo sese oneret.*

Así, sea la confesión verdadera ó sea ficta, tiene la misma fuerza, y por consiguiente, ésta como aquélla debe traer aparejada ejecución, para que la ley se cumpla.

Pongamos el caso.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Un acreedor de cierta cantidad ó de cierta cosa, pide por escrito que se mande citar ó notificar al deudor para que en tal día y hora comparezca á prestar su confesión en forma, declarando cómo es cierto que debe tal cantidad de dinero que le prestó, ó tal objeto que le dió en comodato, bajo apercibimiento de que en su rebeldía se le dará por confeso, y en consecuencia, se despachará ejecución, etc.

El juez competente decreta como se pide, en cumplimiento del artículo 10 de la ley citada de 1837.

Un receptor notifica ó cita al demandado en persona ó en su domicilio; *ó casa*, como dice la ley 12, título 28, libro 11, Novísima Recopilación, "haciéndolo saber á su mujer, hijos ó criados si los tuviere", dejándole cédula, como se acostumbra.

El presunto deudor, aunque ha sido jurídicamente citado ó notificado, no comparece,—es inobediente al mandato judicial.

¿Qué se hará en tal caso? ¿tendrá un deudor en su inobediencia, un medio seguro de escapar á las persecuciones de su acreedor?

De ninguna manera.

Se presentan dos arbitrios.

El acreedor puede pedir un apremio de multa (1) contra el deudor, puesto que el artículo 10 de la ley en examen dice: *i se hará comparecer al deudor para que responda*, etc.

La razón de esta clase de apremio, la vemos en la ley 5, título 21, libro 1 D: *Quia jurisdictio, sine modica coercitione nulla est;* y en la ley 2, título 1, libro 2 D: *Cui jurisdictio data est ea quoque concessa esse videntur sine quibus jurisdictio explicari non potest.*

Pero, en el caso en cuestión, no aprobamos el uso del apremio de multa.

Es más correcto el arbitrio legal de juzgar al inobediente en rebeldía, esto es, darlo por *confeso*, como se desprende de las leyes del título 9, libro 11, Novísima Recopilación, y de la ley 3, título 13, Partida 3.ª, que dispone:

(1) No apremio de *prisión*, desde que fué abolida la prisión por deudas civiles, según la ley de 23 de junio de 1868. (*Boletín*, libro 36.)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Otrosí, decimos, que seyendo alguno preguntado del judgador sobre cosa que pertenezca al pleito, *si fuere rebelde* non queriendo responder á la pregunta, que tanto le empece aquella rebeldía, como si otorgase aquella cosa sobre que le preguntaron."

"Eso mesmo decimos que debe ser guardado de aquel á quien ficieren la pregunta *si respondiese escuramente*, de guisa que non puedan *ser ciertos* por su respuesta de aquello que le preguntan."

De estas leyes resulta que la confesión *ficta* tiene tanto valor en juicio como la *verdadera*; y por lo mismo, basta para despachar ejecución contra el presunto deudor.

Gutiérrez, en sus cuestiones prácticas, libro 1, q. 122, nos da las razones de ello,—diciendo,—*tantum operari debet fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vero;* pues, si por la verdadera confesión tiene lugar la ejecución, debe tenerla por la ficta, porque de otro modo sería mejor la condición del contumaz que la del obediente; lo que no debe ser, y además, nunca llegaría á cumplirse con la ley, si el inobediente ó rebelde, pudiera, con su inobediencia ó rebeldía, evitar la ejecución.

Necque malitiis indulgendum est, dice la ley 38, título 1, libro 6, D, concordante con la ley 15, título 7, Partida 3.ª, que dice: "Deber es del judgador, contrastar á la malicia de los homes de manera que el derecho non pueda ser embargado por ellos"...

Es una regla fundamental de enjuiciamiento que "los rebeldes que no quieren venir ante el judgador á los emplazamientos que les son puestos, non deben ser de mejor condición que los que vinieron á parecer ante él."

Debemos por lo expuesto hasta aquí, sostener que la confesión ficta trae aparejada ejecución, lo mismo que la confesión verdadera.

La jurisprudencia de los Tribunales de Chile, conforme á los verdaderos principios, ha sido uniforme en este punto en cuestión.

Sería extendernos demasiado, si pasáramos en revista las sentencias que la han afirmado.

Nos bastará citar las de 7 de octubre de 1864, confirmada

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 18 de marzo de 1865, inserta bajo el número 540, en la *Gaceta de los Tribunales*, número 1186.

"Notificada la persona, presunta deudora, para que compareciera á prestar su confesión al tenor de las posiciones del acreedor, á fin de preparar la vía ejecutiva, no compareció el día designado; por lo cual, en su rebeldía, se le dió por confesa, y en mérito de esta confesión ficta ó legal, se despachó ejecución.

"La persona deudora se opuso á la ejecución con la excepción de falsedad de la deuda: encargados á ambas partes los diez días de la ley, y señalado día para la vista de la causa, se mandó llevar adelante la ejecución por no haber probado el deudor cosa conducente contra la efectividad de los hechos expuestos en las posiciones, sobre las cuales se le había declarado confeso en su rebeldía."

Por rigoroso y duro que esto parezca, no debemos censurar á los jueces que se ajustaron á las leyes: el deudor por su inobediencia, fué el culpable, y sufrió el castigo de su propia culpa.

¿Quid, si comparece el deudor citado á prestar su confesión al tenor de las posiciones del acreedor, pero rehusare *jurar* préviamente ó se negare á responder?

El artículo 10 en examen, dice "confesión judicial", y la ley 1.ª, título 12, libro 2, Fuero Real, dice que la confesión judicial sobre si el confesante debe hacer ó dar tal cosa, ha de hacerse jurando préviamente decir verdad sobre lo que se le preguntare.

La ley 2, título 9, libro 11, Novísima Recopilación, dispone "que la parte que estuviese presente responda so juramento á las posiciones", etc.

Luego, el juramento es requisito previo y esencial de la confesión judicial.

"Por lo tanto, si el deudor rehusare *jurar*, se le trata como rebelde y se le da por *confeso*. De la misma manera se le trata, cuando, después de haber jurado, se negare á responder, callando, ó ya que respondiese, lo hace de un modo equívoco ú oscuro ó evasivo; y se resistiere, requerido á explicarse categóricamente." (L. 2 cit. y L. 3, tít. 13, P. 3).

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Las leyes dicen: «confiese ó niegue simplemente so pena de quedar confeso en el artículo ó posición que no quisiere responder, confesando ó negando como dicho eso», etc.

Como no me he propuesto en estas páginas sino sólo establecer los principios en que se apoya la teoría legal de la confesión ficta, y su fuerza ejecutiva, omito entrar en apreciaciones sobre las circunstancias particulares en que la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago haya podido fundar su sentencia inserta en la *Gaceta de los Tribunales* de 19 de mayo último.

Las circunstancias varían mucho en las causas, pero los principios quedan siempre en pie, cualesquiera que sean las opiniones de los jueces, ó sus errores de concepto en la calificación de los hechos y la interpretación de las leyes.

Lo que nos importa es tener siempre presente aquello del sabio Merlin:

La science du droit consiste autant dans la réfutation des faux principes que dans la connaissance des véritables (RÉP., in. v. *novation.)*

B. A. VILA

Santiago, julio de 1888.

¿ES CONMUTABLE EN MULTA LA PRISIÓN que como pena se imponga haciendo aplicación del artículo 494 del Código Penal?

Me ha movido á escribir este artículo la publicación que se ha hecho en la *Gaceta de los Tribunales*, número 2516, de una sentencia en que un individuo fué condenado por el hurto de un ternero, avaluado en menos de diez pesos, á cuarenta días de prisión conmutables en cuarenta pesos de multa. Esa sentencia fué declarada desierta por la Corte de Concepción, pero mandada publicar.

Sabido es que el periódico citado tiene por objeto primordial dar á conocer la jurisprudencia de nuestros Tribunales de justicia, de manera que la orden dimanada del Tribunal superior, de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

publicar una sentencia, por más que se la declare desierta, implica la aceptación de la jurisprudencia del juez que la dictó.

¿Ha sido correcta la aplicación que se ha hecho del artículo 494 del Código Penal, en el caso de que me ocupo?

La negativa es la que me propongo demostrar.

Ese artículo principia diciendo:

"Sufrirán las penas de prisión en sus grados medio ó máximo ó multa de diez á cien pesos". . .

Como se ve, la conjunción *ó* es disyuntiva, y coloca al magistrado en la necesidad de condenar á prisión ó multa, á su elección, á diferencia del precepto consignado al frente de los artículos 495 y 496 del mismo Código, que establece como pena la prisión conmutable, precisamente conmutable, en tantos ó cuantos pesos de multa.

Cuando comenzó á regir el Código Penal, fué algo frecuente en algunos jueces del crimen incurrir en el error de imponer la pena de prisión conmutable en multa; pero cada vez que esas sentencias subían en apelación á la Corte Suprema, este Tribunal modificaba las resoluciones de primera instancia, restableciendo la verdadera jurisprudencia.

Recuerdo el caso del señor S., condenado, hará dos años, por lesiones leves al máximum de la pena de multa establecida en el artículo 494, es decir, á cien pesos, en cuya sentencia el juez no se limitó á lo ya expuesto, sino que, haciendo indebida aplicación del artículo 49, agregó que si el señor S. no pagaba la multa, debía sufrir por vía de sustitución y apremio un día de reclusión por cada peso.

Elevado en apelación el proceso, la Corte redujo la multa, pero suprimió, como era de derecho, lo relativo á la sustitución ó apremio.

En ese ejemplo, el juez del crimen incurrió en error mucho más grave que el declarar conmutable la prisión en multa, ó viceversa, porque excedió notablemente el máximum de la pena, elevándola hasta cien días de reclusión por vía de sustitución y apremio, cuando el artículo 494 sólo autoriza la prisión hasta por sesenta días.

Las faltas no pueden en ningun caso castigarse con reclusión, porque ésta supone, en nuestra legislación penal, un tiempo mí-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nimo de sesenta y un días, que puede hacerse extensivo á toda la vida del recluso, en tanto que la prisión comienza en un día teniendo como límite el de sesenta.

Atendido el texto expreso de la ley y su invariable aplicación por el primer Tribunal de la República, no puede abrigarse dudas sobre que las penas designadas en el artículo 494 ya citado, son alternativas, no conmutativas, y queda al prudente arbitrio del magistrado aplicar en cada caso, á su elección, ó prisión ó multa.

RUPERTO MURILLO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

BIOGRAFÍAS DE ABOGADOS NOTABLES

DON ENRIQUE COOD

(Continuación)

***

Otra cuestión que tiene también grande importancia y que se ha suscitado en más de una ocasión, es la de saber si el Código Civil considera ó nó lícita la venta de cosas litigiosas.

Las opiniones se encuentran divididas á este respecto.

Los que abogan por la ilicitud de este acto, que son indudablemente los más, se fundan en la disposición contenida en el artículo 1,464 del expresado Código, que dice como sigue:

ARTÍCULO 1,464.

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.

Don Enrique Cood, sin embargo, sostenía, á pesar de este artículo, que el acto á que he hecho referencia era perfectamente lícito, y para ello se apoyaba en el siguiente raciocinio:

"1.° Desde luego, decía el señor Cood, el Código permite la venta de derechos litigiosos; *ergo*, no puede ser *ilícita:* cuando más habrá lugar al *retracto.* (Véanse *derechos litigiosos.*—Código, lib. IV, tít. 25, § 3.°)

"No hay artículo que diga que la VENTA de una cosa embargada ó cuya propiedad se litiga sea ilícita ó contenga objeto ilícito.

"El artículo 1,464 habla sólo de ENAJENACIÓN.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Ahora bien, VENTA es un contrato ó TÍTULO.

"ENAJENACIÓN es la transferencia de dominio: modo de transferir y modo de adquirir.

"Cuando VENDO, no ENAJENO.

"Cuando hago la TRADICIÓN, ENAJENO.

"Cuando la propiedad esté libre, entonces haré la tradición; no antes.

"ERGO, la VENTA misma, pura y simple, *sine conditione*, sería *lícita y valedera;* sin perjuicio de lo que se dispone en el párrafo *De los derechos litigiosos*".

Á fin de que se conozcan de una manera más completa las ideas del señor Cood á este respecto y á fin de que se vea al propio tiempo el sistema analítico que empleaba en sus explicaciones, voy á tratar de reproducir el comentario íntegro que hacía en la clase, el año de 1883, con relación al artículo 1,464 que se acaba de copiar.

"Hay ciertas cosas, exponía el señor Cood, en cuya enajenación hay objeto ilícito, el cual no está en el contrato mismo, sino en la enajenación, es decir, en la transferencia de la cosa.

"En la palabra *enajenación* se comprende también la constitución de hipotecas y prendas.

"El contrato produce sólo un título; no da el dominio, como en el Derecho francés, en que es modo de adquirir.

"Entre nosotros, el dominio no se adquiere sino por alguno de estos medios: ocupación, accesión, tradición, sucesión por causa de muerte, ó prescripción.

"En el número 1.º de este artículo 1,464, se encuentran comprendidas las cosas que no están en el comercio, las cuales no pueden ser objeto de enajenación, ni menos de contrato.

"Ya el Código había dicho esto tratándose de las declaraciones de voluntad (art. 1,461); de modo que aquí hay una repetición.

"En diversos artículos nos habla el Código Civil de estas cosas que están fuera del comercio; pero en ninguna parte nos indica cuáles son, por lo menos de una manera precisa.

"Se puede decir que el artículo 1,105 es el que nos da más luz sobre la materia.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Según este artículo el Código llama cosas *incomerciables:*

"1.º Á aquellas que la naturaleza ha hecho comunes á todos los hombres, según se establece en el Derecho de Gentes; tales son la alta mar, los ríos navegables (art. 585);

"2.º Á los bienes nacionales ó municipales de uso público;

"3.º Á las cosas pertenecientes al culto divino.

"Los cementerios, aunque no están consagrados ni benditos, no pertenecen, sin embargo, al comercio humano.

"En el número 2.º del artículo que se analiza están comprendidos aquellos derechos como la patria potestad, el derecho á alimentos, etc., que se llaman personalísimos; y los privilegios ó fueros personales, verbigracia, como los que tienen los menores.

"Indudablemente habría objeto ilícito en la contratación de estos derechos y privilegios, que la ley concede sólo á determinadas personas en razón de circunstancias especialísimas.

"Las cosas comprendidas en el número 3.º del artículo 1,464 pueden ser materia de contrato, á pesar de que, según el Código, hay objeto ilícito en la enajenación de ellas; por lo tanto, la redacción del presente artículo cuadra mejor respecto de este caso que respecto de los anteriores.

"El *embargo* consiste en el decreto del juez que pone una cosa estancada ó bajo prohibición de enajenarla.

"Este decreto se da á petición de un acreedor ó de cualquiera que tenga interés en la enajenación.

"El interesado puede renunciar al embargo decretado en su favor; de modo que la ilicitud que hay en la enajenación de estas cosas es relativa y puede desaparecer por la voluntad del acreedor ó de aquél cuyos intereses se trata de favorecer.

"Respecto de las cosas comprendidas en el número 4.º, tampoco se prohibe contratar acerca de ellas.

"Lo que no permite la ley es que se transfiera el dominio de éstas á otra persona; lo cual sería imponer al demandante la obligación de dirigirse contra esta otra persona que podría ser, como dice la ley de Partidas, más influyente y más díscola que la anterior.

"Entre los romanos también estaba prohibida la enajenación de las cosas litigiosas, con el objeto, se decía, de que ellas no

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pasaran al dominio de un adversario más temible y más poderoso.

"Creo, sin embargo, que ésta que se daba como razón fundamental de la disposición que examinamos, no podría alegarse entre nosotros, que somos y debemos reputarnos iguales ante la ley, en virtud de un precepto constitucional.

"La justicia en Chile no reconoce influjos ni poder de nadie.

"De lo expuesto anteriormente, resulta que las cosas comprendidas en los números 1.º y 2.º del artículo 1,464 no pueden ser objeto de contratos y, por consiguiente, no pueden enajenarse; al paso que las comprendidas en los números 3.º y 4.º pueden ser objeto de contratos (art. 1,911 del Código), pero su enajenación está prohibida.

"El Legislador ha descuidado aquí un punto que puede ser, en la práctica, de mucha transcendencia.

"No ha tomado las suficientes precauciones para que el embargo y el litigio tengan cierta publicidad y puedan llegar á conocimiento de los terceros.

"Esta omisión es verdaderamente extraña, sobre todo tratándose de bienes raíces, que merecen una atención especial del Código.

"Lo natural habría sido que el Legislador hubiera exigido la inscripción del embargo y del litigio en el Registro del Conservador de bienes raíces.

"De este modo se habrían podido evitar fácilmente los abusos á que puede dar lugar el presente artículo en la forma en que está redactado.

"Supongamos, por ejemplo, que Pedro posee una casa inscrita á su nombre, y que Juan entabla juicio reclamándola como suya.

"Encontrándose las cosas en este estado, Pedro vende su casa á Diego, que ignora absolutamente el litigio y que la compra después de haberse cerciorado, en el Registro del Conservador de bienes raíces, de que la casa pertenece realmente á Pedro y de que ella está libre de gravámenes.

"La casa es entregada al comprador; pero hénos aquí con que la enajenación resulta nula por motivos ocultos que el compra-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dor no ha podido conocer á pesar de haber puesto de su parte la posible diligencia.

"Esto no parece justo.

"Lo que debió decir el Código á este respecto, fué que este vicio de la enajenación sólo podía alegarse contra terceros de buena fe en el caso en que el embargo y el litigio estuvieren inscritos.

"El reglamento del Conservador de bienes raíces no ha podido enmendar esta omisión del Código, porque esto habría sido contrariar la letra de la ley, de una manera manifiesta.

"Por lo tanto, ha debido contentarse con colocar el embargo y el litigio referentes á inmuebles entre las cosas que *pueden* y nó entre las que *deben* inscribirse (art. 53, núm. 3.º del reglamento).

"Esto es algo, indudablemente, porque así podremos hacer la inscripcion é impedir los pleitos que pueden suscitarse de otro modo."

Ahora bien, para terminar esta interesante materia debo añadir todavía que en julio de 1886 se presentó en la Cámara de Senadores un proyecto de ley que tenía por objeto reformar este artículo 1464.

Este proyecto en que se trataba de subsanar precisamente la misma deficiencia que hacía notar el señor Cood á sus alumnos en 1883, mereció los honores de una larga y minuciosa discusión en que tomaron parte algunos de los miembros más prestigiosos del Senado.

El proyecto á que aludo, fué por fin aprobado por la casi unanimidad de los votantes; pero por desgracia la manera como fué redactado, deja mucho que desear.

La aprobación de este proyecto sugirió á don Enrique Cood juiciosas observaciones que consignó en un trabajo publicado en esta misma REVISTA en el número correspondiente al 1.º de octubre de 1886.

Como puede verse en ese artículo, el señor Cood censuraba con sobrado fundamento la redacción dada al referido proyecto, que hasta ahora no ha sido tomado en consideración por la Cámara de Diputados.

***

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Se ha visto ya la facilidad con que don Enrique Cood interpretaba el Código Civil, y no se crea que era especialista sólo en materias de este ramo.

La esfera de sus conocimientos jurídicos era todavía mucho más amplia: abarcaba no solamente nuestra legislación toda, sino también las legislaciones extranjeras, especialmente la inglesa y la francesa.

Poseía con perfección el Derecho Romano, las leyes españolas y el Derecho Canónico.

Esta versación en asuntos de jurisprudencia le había granjeado una merecida fama, y le había dado, como lo he dicho antes, una extremada perspicacia y un excelente tino para resolver sin dilación las cuestiones jurídicas más arduas y embrolladas.

En el foro, su prestigio era considerable: sus alegatos eran siempre contundentes; su réplica, irresistible.

Los más cuantiosos litigios se ponían en sus manos.

Todos le temían como adversario.

Á su bufete acudían multitud de hombres de négocios en busca de consejos.

Para corroborar este aserto, voy á reproducir un dictamen dado por el señor Cood á petición de una de nuestras principales instituciones de crédito.

Las cuestiones que en él se dilucidan, son de constante aplición en la práctica, y, por lo tanto, considero que ha de ser leído con interés.

Hé aquí la pieza á que aludo:

Valor legal de los cheques al portador

"1.º He tenido á la vista el dictamen del señor don N. N, abogado del Banco de..., relativo á los *cheques* al portador.

"2.º En dicho dictamen se abraza la opinión de que los *cheques* al portador son legales, y que, por consiguiente, el Banco puede y debe pagarlos al tenedor, aunque no conste del *cheque* el nombre del tenedor, ó no se haya determinado por el endoso del primer tenedor.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"3.º Las cuestiones prácticas para el Banco son, á mi juicio, las siguientes:

1.ª ¿Es de descargo para el Banco en su cuenta con el depositante el *cheque* firmado por el depositante y girado á favor de determinada persona ó al portador, ó simplemente al portador?

2.ª ¿Es legal, y por consiguiente libre de responsabilidad, el pago que hace el Banco al *portador* (en el caso anterior), cuando el portador no prueba, por el endoso ó por otros medios, su calidad de *legítimo portador?*

3.ª El *cheque* ¿se entiende siempre girado por *valor recibido*, de suerte que el tomador ó tenedor no debe rendir cuenta al girador?

"4.º La cuestión primera se resuelve sin dificultad afirmativamente; porque, reconocido el giro por el depositante, ni por derecho ni por equidad podría desconocer la legitimidad del pago en abstracto, ni, por consiguiente, la partida de cargo en su cuenta.

"5.º La cuestión segunda es más espinosa; y en su solución estoy en desacuerdo con el señor N. N.

"Mi idea es que los particulares no pueden crear documentos al portador; ya sea *al portador* generalmente, ya sea *á determinada persona ó al portador.*

6.º La ley permite la creación de ciertos efectos al portador, verbigracia: letras de la Caja Hipotecaria, bonos públicos, acciones de sociedades anónimas, conocimientos.

"Cuando existen legalmente tales documentos, su transmisión se efectúa por la mera tradición manual (art. 164 del Código de Comercio).

"7.º Pero, hablando de letras de cambio, la ley expresamente ordena que se determine la persona del tomador y permite la transmisión por *endoso*, á que autorizan las frases *á la orden, á disposición de legítimo portador*, ú otra equivalente.

"8.º Las libranzas, vales y pagarés se sujetan á la misma regla (título XI del Código de Comercio).

"9.º El *cheque* no es otra cosa que una libranza. — *A cheque is a bill of exchange addressed to a Banker and pagable to a certain*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

person, or bearer (or order).—(MERCANTILE LAW, by J. W. Smith.)

"En Inglaterra, toda letra de cambio, vale ó pagaré puede ser creado por el firmante *al portador*, si así lo tiene á bien.

"Este principio no se halla sancionado en nuestra legislación.

"Luego el *cheque* debe ser á favor de determinada persona. Esta, por medio del endoso, puede hacerlo transmisible de mano en mano; pues no hay obligación de llenar el endoso hasta su presentación. (Parece que esto se deduce del artículo 661 del Código de Comercio.)

"10. Pagando el Banco un *cheque* endosado por el primer tenedor, que es el tomador, paga un documento legal que llena todas las condiciones prescritas (librador, tomador, librado, etc., etc.).

"El endoso en blanco eximiría al Banco de toda responsabilidad, si pagase al tenedor que lo trajese al Banco para su cobranza, dando recibo.

"11. ¿Qué resultaría si pagase un cheque *al portador?* ¿Qué señal ó distintivo tiene el último tenedor ó portador que determine la legitimidad de su posesión? Si se suscitase un reclamo entre el primer tenedor y el segundo ú otro posterior, alegando aquél que el *cheque* fué perdido ó robado, ¿cuál sería la situación del Banco?

¿No podría alegar el legítimo dueño ó tenedor primitivo que, no pudiendo efectuarse la transmisión sino por cesión ó endoso, la mera transmisión no ha dado un título legal al mero portador? Creo que sí.

"En los dos casos que he figurado, á saber,—*cheque* girado á favor de determinada persona ó al portador, ó *cheque* al portador simplemente,—resultarían el mismo argumento y la misma objeción.

"En el primer caso, el tomador diría:—La frase *al portador* escrita en pos de mi nombre no me ha privado de mi carácter de dueño, porque no ha habido transmisión legal.

"En el segundo caso, el primer tenedor á quien se entregó el *cheque*, diría:—La frase *al portador* no es otra cosa que el equi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

valente de mi nombre, es decir, de aquél á quien el girador dió ó entregó el *cheque*. De mi poder no ha salido legalmente. El Banco debió saber que no hay otros documentos *al portador* que los autorizados por la ley. Yo pude cobrar legalmente, porque el librador no negaría que me entregó el *cheque* y que fué expedido á mi favor.

"12. Estas conclusiones son muy duras; pero, si son arregladas á la ley, hay un modo sencillo de evitar todo peligro, y es que el *cheque* lleve el nombre del tomador, y el endoso del mismo, si no quiere cobrar personalmente.

"13. Por medio de una ley podría reglamentarse esta materia, autorizando el giro de *cheques* al portador; y éste es el temperamento que yo propondría para salvar dudas.

"14. La tercera cuestión propuesta más arriba afecta más bien al librador y libratario; pero su mera enunciación manifiesta que es indispensable fijar el carácter jurídico del *cheque*, y considerarlo como procedente de valor recibido; como creo que fueron reputadas las libranzas de que habla el artículo 7.º del capítulo 14 de la Ordenanza de Bilbao."

Como acaba de leerse, don Enrique Cood indicaba en su dictamen la conveniencia de que se presentara una ley tendente á salvar las dificultades á que el giro de *cheques* podía dar origen en la práctica.

En efecto, en julio de 1869 el mismo señor Cood, en su carácter de diputado por Chillán, presentó á la Cámara un proyecto en ese sentido.

Este proyecto, que viene precedido de un corto preámbulo, es el que á continuación se expresa:

"HONORABLE CÁMARA:

"Junto con el establecimiento de los bancos, se introdujo entre nosotros una especie de libranza, á que se dió el nombre extranjero de *cheque*; y más tarde la ley de papel sellado, enumerando el *cheque* entre los documentos exentos del impuesto, legalizó su existencia jurídica, sin definirlo ni reglamentarlo, y por consiguiente, sin señalar de una manera clara y precisa sus diferencias con la letra de cambio ó con la libranza común.

"En la práctica semejante confusión puede ser fuente de liti-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

gios y serias dificultades, y es urgente llenar el vacío que se nota en esta parte de la legislación, dictando algunas disposiciones que dejen bien determinados los caracteres esenciales del *cheque*. Tal es el objeto del proyecto que tengo el honor de presentar.

"Dos caminos podían seguirse para reglamentar esta materia: ó se apuntaban únicamente las diferencias que conviene establecer entre el *cheque*, por una parte, y la libranza y letra de cambio, por otra; ó se recopilaban en una ley las ideas principales que constituyen el *cheque*, formando de este modo un conjunto que pudiera entenderse y aplicarse hasta cierto punto, con independencia de cualquier otro título del Código de Comercio.

"Este último sistema ha parecido preferible. De aquí es que el proyecto contiene, como se verá, la definición del *cheque*, tomada casi literalmente de la ley francesa de 14 de junio de 1865. En seguida enumera las condiciones que el *cheque* debe llenar en cuanto á su forma, reglando la manera de transferirlo, de presentarlo para su cobranza, y estableciendo las responsabilidades á que quedan sujetos los endosantes y libradores.

"En estas prescripciones se han seguido las reglas fijadas en la ley francesa ya citada, y que fueron adoptadas después del más maduro examen.

"El presente proyecto ha agregado algunas reglas que tienden á resolver puntos que se han presentado como dudosos en la práctica de nuestros bancos. Tales son los preceptos relativos á los *cheques al portador*, y la presunción meramente legal que se establece de que el *cheque* es girado por valor recibido, con la salvedad que contiene el artículo 7.º

"Previas estas ligeras indicaciones, me cabe el honor de someter á la honorable Cámara el siguiente

PROYECTO DE LEY SOBRE CHEQUES

"ARTÍCULO PRIMERO. El *cheque* es un mandato escrito que sirve al librador para retirar el todo ó parte de los fondos que tiene colocados á su crédito en poder del librado, y en calidad de disponibles.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 2.º En cuanto á su forma, el *cheque* debe llenar las condiciones siguientes:

"1.ª Firma del librador;

"2.ª Designación precisa del librado;

"3.ª Determinación de la suma girada en dinero corriente;

"4.ª Fecha del giro;

"5.ª El giro debe ser á la vista;

"6.ª Puede ser nominal, á la orden, ó al portador; ó nominal y al portador á la vez.

"ART. 3.º La transferencia del *cheque* nominal, á la orden ó al portador, se sujeta á las reglas que establecen las leyes generales para estas diversas clases de documentos. Los *cheques* nominales y al portador á la vez siguen las reglas del *cheque* al portador para los efectos de su transferencia.

"ART. 4.º El *cheque* no puede ser girado sino contra un banco público ó privado, que tenga provisión previa de fondos, y es pagadero á su presentación.

"ART. 5.º El *cheque* puede ser girado dentro de una misma plaza ó de una plaza á otra.

"ART. 6.º La emisión del *cheque*, aun cuando sea de un lugar á otro, no es esencialmente acto de comercio.

"Sin embargo, las disposiciones del Código de Comercio, relativas á la garantía solidaria del librador y endosantes, al protesto y al ejercicio de la acción en garantía en materia de letras de cambio, son aplicables á los *cheques*.

"ART. 7.º El *cheque* se presume girado por valor recibido; pero en este caso y en los demás, no produce novación, si no es cubierto.

"ART. 8.º El tenedor de un *cheque* debe exigir su pago en el plazo de cinco días, contados desde el de su fecha, y con inclusión de éste, si fuese girado en la misma plaza en que es pagadero. El plazo será de quince días en los demás casos, cualquiera que sea la distancia entre el lugar del giro y el del pago.

"No reclamando el tenedor el pago en estos plazos, pierde su recurso contra los endosantes. Pierde también su acción contra el librador, si la provisión de fondos ha perecido por el hecho del librado después de los dichos plazos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Santiago, 26 de julio de 1869.—*Enrique Cood*, diputado por Chillán."

Como se ha indicado ya, en la formación de este proyecto se ha tomado por base la ley francesa sobre *cheques*.

No se puede decir, sin embargo, que el señor Cood haya copiado servilmente las disposiciones que tuvo por modelo.

Antes por el contrario, el proyecto mencionado ha establecido reglas nuevas que vienen á resolver casos que en la práctica se han presentado como dudosos, y ha suprimido también aquellos preceptos de la ley francesa que se referían á las penas y que el señor Cood consideraba inútiles.

Según entiendo, este proyecto no ha sido hasta ahora tomado en consideración, y á la verdad que merecía mejor suerte.

Las dificultades que él viene á subsanar, pueden ocurrir fácilmente, y conviene precaverlas.

***

La labor literaria de don Enrique Cood está muy lejos de ser considerable, si hemos de atenernos á las obras impresas que llevan su nombre.

La gloria del hombre de letras no lo sedujo jamás.

Probablemente sus producciones no habrían sido las de un literato brillante y galano, pero sí las de un escritor discreto, las de un pensador sesudo.

El hábito de redactar escritos destinados á la vida oscura de un archivo y en los cuales casi siempre se descuida la forma para atender sólo al fondo, había influído poderosamente para dar al estilo del señor Cood cierto desaliño y negligencia.

Su lenguaje era siempre correcto; pero carecía de soltura y distaba mucho de ser esmerado.

Cuando escribía para el público, su redacción era más prolija, pero también más dificultosa.

En 1880 don Enrique Cood dió á luz un folleto titulado *The Law of Chile as to the Marriage of non-catholics*.

En este opúsculo, que consta de sesenta y seis páginas, se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

hace una exposición completa de todos los preceptos que existían en aquella época en materia de celebración de matrimonios, incluyendo al mismo tiempo el texto íntegro de todas las leyes y piezas oficiales relativas al mismo asunto, especialmente aquellas que podían interesar á los no católicos.

El objeto que se propuso el señor Cood con esta publicación no fué otro que el ofrecer un libro manual que pudiera servir de guía á los protestantes, y en general á los que no pertenecieren á la religión católica, para la celebración de sus matrimonios en nuestro territorio.

Como se comprende fácilmente, el folleto de que hablo, después de la promulgación de la *Ley de Matrimonio Civil*, no tiene ya grande importancia.

En 1883, don Enrique Cood daba á la estampa el tomo primero de los *Antecedentes Legislativos y Trabajos Preparatorios del Código Civil Chileno.*

Este volumen viene precedido de un corto prólogo de siete páginas en que el autor, después de hacer una brevísima reseña de las leyes que regían en Chile antes de la promulgación del Código Civil, explica en seguida el objeto y el plan de su obra.

Al concluir este prefacio, el señor Cood se disculpa por no haber alcanzado á poner como encabezamiento de su libro un *Discurso histórico y crítico sobre la codificación de las leyes civiles de Chile,* que ofrece publicar en el tomo segundo y que, por desgracia, sólo quedó en proyecto.

El volumen dado á luz contiene las siguientes materias:

1.° Una recopilación de los documentos oficiales que se relacionan con los trabajos preparatorios de la codificación de nuestras leyes civiles.

2.° El Proyecto de Código Civil redactado por don Andrés Bello de acuerdo con la Comisión de Legislación, y publicado primitivamente en *El Araucano*, desde el 7 de mayo de 1841 hasta el 5 de diciembre de 1845, con sus notas correspondientes.

3.° La controversia que tuvo lugar entre don Miguel María Güemes y don Andrés Bello con motivo de la aparición del Proyecto que acabo de mencionar.

4.° Un cuadro comparativo de las diferencias entre el Códi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

go Civil aprobado por el Congreso y el promulgado por el Ejecutivo.

La lectura de las diversas piezas de que se habla en el número 1.º, nos revela el origen del más importante de nuestros Códigos y nos da á conocer la historia de su formación.

Es de sentir, sin embargo, que el señor Cood se haya contentado con hacer una transcripción descarnada de los documentos citados, sin tomarse siquiera la molestia de estudiarlos y relacionarlos unos con otros.

Por otra parte, ellos no ofrecen sino un interés histórico; la hermenéutica jurídica no podría sacar de ahí provecho alguno.

Las mismas actas de la Comisión de Legislación, que se reproducen en la obra de que trato, son tan deficientes y tan extremadamente concisas que no nos dan ninguna luz acerca de las opiniones manifestadas por las personas á quienes se había encomendado la preparación del proyecto de Código Civil.

Dichas actas se limitan á indicar en términos generales el asunto que se discutía en cada sesión.

Las materias á que se refieren los números 2.º y 3.º de la enumeración que he hecho más arriba, son indudablemente de mucho mayor utilidad.

El primitivo proyecto de Código Civil con sus eruditas notas y la interesante controversia á que dió origen su publicación, pueden servirnos de guía para la interpretación del Código actual, sobre todo si se les compara con las demás redacciones que tuvo después el proyecto mencionado.

El mismo don Enrique Cood, hablando de la importancia de estos antecedentes, decía lo que sigue al Consejo de Instrucción Pública, en sesión de 16 de mayo de 1887, con motivo de la publicación de los distintos proyectos de Código Civil:

"Sabido es que nuestro Código Civil fué aprobado por ambas Cámaras sin discutir uno sólo de sus artículos, de modo que, para conocer la historia fidedigna del establecimiento de este importante cuerpo de leyes, no nos queda otro arbitrio que recurrir al estudio de las diversas transformaciones que experimentó el proyecto antes de ser presentado al Congreso.

"Estas distintas ediciones tienen, pues, una importancia capital, si se atiende á que por medio de ellas se puede seguir el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

desarrollo de la mente de los autores de nuestro Código Civil

"Para poder apreciar de un modo acertado el verdadero sentido de cualquier artículo de dicho Código, es necesario recorrer todas estas ediciones que he indicado, las cuales contienen correcciones y reformas sucesivas, que, agregadas á las fuentes, forman el mejor comentario del mismo Código."

Por último, el tomo primero de la obra que analizo contiene, como he dicho, un cuadro de las diferencias que se notan entre el Código promulgado y el proyecto aprobado por el Congreso.

Este cuadro, que importa tanto como una reproducción del proyecto publicado en 1855, facilita notablemente el estudio comparativo que con mucha razón recomienda el señor Cood.

El tomo segundo de los *Antecedentes Legislativos y trabajos Preparatorios del Código Civil chileno*, no llegó á ver la luz pública; pero el señor Cood había indicado ya que las materias que debía contener eran las que en seguida se expresan:

1.º Proyecto publicado en dos cuadernos separados en los años de 1846 y 1847 y que sólo se refiere á la sucesión por causa de muerte y á los contratos.

2.º Proyecto completo impreso en 1853 con sus notas correspondientes.

3.º Observaciones hechas al proyecto anterior por algunos jueces de letras y por las Cortes de Concepción y de La Serena.

4.º Representación hecha al Senado por el arzobispo de Santiago y por los obispos de La Serena y Concepción con motivo de la promulgación del Código Civil.

Es más que probable que el señor Cood desistiera de la idea de imprimir el segundo tomo de su obra en atención á que el gobierno había acordado publicar entre las *Obras completas* de don Andrés Bello estos mismos proyectos que constituían la parte más interesante de los *Antecedentes Legislativos y Trabajos Preparatorios del Código Civil Chileno.*

Por lo expuesto anteriormente se verá que este libro está bien distante de ser la obra del jurisconsulto que analiza y comenta las distintas transformaciones que va experimentando el proyecto de Código Civil, y que no es tampoco la obra del historiador

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que estudia y encadena los diversos sucesos hasta formar con ellos un todo ordenado y armónico.

En los *Antecedentes Legislativos* no se descubre otra cosa que el trabajo paciente del compilador que registra archivos y acopia documentos que en seguida ha de entregar á la imprenta sin quitarles siquiera el polvo que los cubre.

Las publicaciones de que he hablado hasta ahora, son las únicas que llevan el nombre de don Enrique Cood, el cual, sin embargo, fué autor de algunas otras que paso á indicar.

El año de 1852, siendo profesor de inglés del Instituto Nacional, dió á la estampa un libro titulado *Colección de Trozos Ingleses estractados de las obras de Sadler y adaptados á la enseñanza de las clases de primero y segundo año del Instituto Nacional.*

Tan luego como se hizo cargo de su clase, el señor Cood notó que los cuadernos que se ponían en manos de los alumnos para enseñarlos á traducir el inglés estaban llenos de errores y eran completamente inadecuados para su objeto.

Procurando siempre que el estudio fuera para sus discípulos, no una tarea árida y fatigosa, sino más bien un pasatiempo agradable y ameno, coleccionó en el volumen de que trato una serie de chistosas anécdotas y de interesantes rasgos históricos, cuya lectura no podía menos de cautivar la atención del estudiante.

Las páginas de este libro se encuentran al mismo tiempo ilustradas con oportunas notas en castellano que sirven para explicar el texto ó para dar ciertas reglas que van comprobándose prácticamente.

Más de una vez don Enrique Cood publicó también en folletos separados algunos de sus escritos presentados ante nuestros tribunales en ciertos juicios de importancia.

En el último de los opúsculos de este género, que conozco, dado á luz en 1884 con el título *Cuestión Transitoria.—Valor de una Sustitución Ejemplar*, se trata de investigar sobre si el Código Civil ha anulado ó nó las sustituciones pupilares ó cuasipupilares hechas antes del 1.° de enero de 1857.

Como es fácil comprenderlo, en esta clase de trabajos el criterio del jurisconsulto puede verse muchas veces comprometi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

do por las opiniones del abogado; de tal modo que, hablando en tesis general, no es posible admitir éstas sino con beneficio de inventario.

Con todo, en los escritos del señor Cood siempre hay un fondo de doctrina invariable y exacto, siempre podemos encontrar juicios y observaciones que revelan un profundo conocimiento de nuestras leyes y que nos pueden servir de norma para la recta interpretación de estas mismas.

La recopilación de las opiniones manifestadas por don Enrique Cood, en algunos de los numerosos litigios en que intervino como abogado, sería, sin duda, un trabajo de sumo interés y de grande importancia para las personas que por su profesión ó por el puesto que desempeñan tienen forzosamente que dedicarse al estudio de la legislación que nos rige.

***

Desde 1882, don Enrique Cood había comenzado ya á experimentar los primeros síntomas de la larga y porfiada enfermedad que debía minar poco á poco su vigorosa y robusta naturaleza.

Una especie de parálisis empezó á apoderarse de sus extremidades inferiores y siguió desarrollándose lentamente hasta que el andar le fué en extremo dificultoso.

En los últimos meses de su vida, le era aún imposible mantenerse de pie.

Esta terrible enfermedad no logró, sin embargo, abatir su espíritu, circunstancia que tal vez contribuyó poderosamente para retardar algunos años el funesto desenlace.

Por el contrario, lleno de entereza, el señor Cood se dedicaba con su acostumbrado tesón á sus múltiples labores, que en esta época habían aumentado considerablemente.

Sobreponiéndose á sus dolencias y achaques prematuros, trabajaba sin tregua ni reposo, asistiendo puntualmente á hacer sus clases en la Universidad, desempeñando con todo tino y lucidez las difíciles tareas que el Gobierno le había encomendado en los Tribunales Arbitrales y atendiendo al mismo tiempo con esmero los intereses de su numerosa clientela.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Á principios de 1886, don Enrique Cood abrió, á petición de algunas personas, un curso privado en que se proponía dar conferencias relativas al Código Civil.

Un buen número de jóvenes, en su mayor mayor parte abogados, acudieron á escuchar las lecciones del distinguido maestro, que, por desgracia, tenía ya su salud tan quebrantada y se encontraba tan abrumado de trabajo, que se vió forzado á interrumpirlos al cabo de corto tiempo.

Á propósito de esta misma clase, el señor Cood me hablaba en cierta ocasión de que cada día le costaba mayor trabajo el enseñar el Código á sus alumnos.

Como yo me manifestara sorprendido al oír esta aseveración, él se apresuró á explicarme del modo siguiente lo que significaban sus palabras.

"En la actualidad, me dijo, cada artículo del Código Civil me sugiere variadas cuestiones que antes ni siquiera vislumbraba y cuya resolución necesito ahora indicar á mis discípulos.— De aquí proviene que, en el comentario de una sola disposición, empleo muchas veces clases enteras, y que el tiempo se me hace sumamente angustiado para dar el conveniente desarrollo á mis ideas."

En efecto, aunque el señor Cood asistía á la Universidad con toda exactitud, por lo menos en los últimos años, y aunque procuraba alargar la duración de la clase, suprimiendo la lista que se acostumbra pasar diariamente, no alcanzaba, sin embargo, á explicar todo su ramo, y sus lecciones tenían que limitarse á los títulos principales del Código.

Á mediados de mayo de 1887, don Enrique Cood interrumpió sus tareas del profesorado para dedicarse, por encargo del Consejo de Instrucción, á la publicación de los Proyectos de Código Civil que debían formar parte de las *Obras completas* de don Andrés Bello.

Bajo su dirección se alcanzó á imprimir el tomo XI de estas *Obras*, que comprende el Proyecto publicado en *El Araucano* por los años de 1841 y siguientes, y la segunda edición de este mismo Proyecto, que apareció en cuadernos separados en los años de 1846 y 1847, trabajos que, como se sabe, se refieren únicamente á la sucesión por causa de muerte y á los contratos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El señor Cood había deseado hacer un prólogo para este volumen; pero el mal estado de su salud, y más que todo el sinnúmero de ocupaciones que lo abrumaban, lo obligaron á desistir de su intento y á dejar esta obra para el tomo siguiente, que debía contener el Proyecto publicado en 1853.

Sabido es que el señor Cood no alcanzó á realizar este pensamiento; sin embargo, como en varias ocasiones me había hablado acerca de este prefacio, voy á indicar algunas de las ideas que se proponía desarrollar en él.

El tema que pensaba dilucidar en el prólogo proyectado, versaba sobre las dificultades que ofrece la acertada redacción de las leyes y sobre el feliz suceso obtenido á este respecto por don Andrés Bello en la formación de nuestro Código Civil.

Á fin de demostrar la primera parte de su tesis, se disponía á traer á colación dos ejemplos de fecha reciente.

Era el uno el proyecto de ley aprobado por el Senado, en sesión de 19 de julio de 1886, sobre reforma del artículo 1,464 del Código Civil.

"La enmienda de una sola disposición de esta obra monumental, me decía el señor Cood, ha preocupado grandemente la atención del Senado por espacio de largas sesiones; y téngase presente que no se trataba de una discusión en que se atravesasen intereses políticos, sino que, por el contrario, los diversos senadores que tomaron parte en ella, se puede decir que estaban animados de un mismo espíritu, puesto que todos reconocían que el artículo del Código era deficiente, y se encontraban perfectamente de acuerdo en cuanto á las ideas fundamentales del asunto que se debatía."

MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI REYES

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—1. DEL PAPEL QUE DESEMPEÑAN LOS MINISTROS DE ESTADO EN EL MUNDO, por don J. Joaquín Larraín Zañartu, un folleto de 67 páginas, Imprenta de "El Correo," Santiago. Este trabajo está dividido en cinco partes; en la primera se reseña la historia de la institución ministerial hasta su actual organización en los pueblos civilizados: en la segunda se sigue este mismo plan con respecto á Chile, insertando íntegra la ley de 21 de junio de 1887, que reorganizó los Ministerios de Estado; en las tres restantes se estudia "el carácter de la jurisdicción ministerial" en Chile, "su extensión y la naturaleza de sus atribuciones." El opúsculo tiene bastante interés por las materias que trata, que son de una actualidad permanente en el sistema moderno de gobierno constitucional representativo.—2. MINISTERIO DEL INTERIOR. *Recopilación de leyes y decretos de interés general vigentes en 21 de mayo de 1888.* Un volúmen de XXV—807 páginas, Imprenta Nacional, Santiago. Esta recopilación ha sido formada por los abogados don Aníbal Echeverría Reyes y don Abraham del Río, jefe de sección el primero, y oficial de número el segundo, del Ministerio del Interior. Esta comisión les fué conferida por decreto sepremo de 27 de octubre de 1887 y la han desempeñado satisfactoriamente, pues á juzgar por el breve examen que del trabajo hemos verificado, la compilación es completa y bien ordenada. Las materias que comprende son las siguientes: Acta de la Independencia.—Constitución Política.—Congreso Nacional.—Poder Ejecutivo.—Elecciones.—Garantías individuales.—Municipalidades.—Correos.—Telégrafos y teléfonos.—Policía de Seguridad y Orden Público.—Policía Sanitaria.—Beneficencia.—Estadística.—Subvenciones á vapores, ferrocarriles y telégrafos.—Disposiciones varias.—Felicitamos á nuestro distinguidos compañeros por su importante labor, y no dudamos que ella prestará servicios valiosos al foro no menos que á la administración.—3. LEY SOBRE ORGANIZACIÓN Y ATRIBUCIONES DE LAS MUNICIPALIDADES. Un opúsculo de 24 páginas.—LEY DE ELECCIONES, *promulgada el 16 de enero de 1884.* Un opúsculo de 43 páginas.—DISPOSICIONES VIGENTES *sobre subvenciones acordadas á las empresas de navegación á vapor.* Un opúsculo de 38 páginas. Estas publicaciones han sido ordenadas por el señor Echeverría Reyes, á quien agradecemos su atención de enviárnoslas.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

MEMORIAS Y DISCURSOS UNIVERSITARIOS

SOBRE EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

(1 vol. de 556 págs. Imp. de la Unión, Santiago)

RECOPILACIÓN HECHA POR

ENRIQUE C. LATORRE, abogado y director de la "Revista Forense Chilena"

En el próximo pasado mes ha visto la luz pública este interesante volumen, que comprende las Memorias y Discursos que sobre materias de los libros I, II y III del Código Civil, se han publicado en los *Anales de la Universidad* desde 1856 hasta 1887.

Están en prensa las piezas correspondientes al libro IV del Código.

En el volumen de que damos cuenta se contiene un cuerpo de doctrina sobre nuestro Derecho Civil, que despertará sin duda la atención de los profesores de esta rama de nuestra legislación. Nos bastaría citar los nombres de los autores de los trabajos publicados para que se comprendan su importancia y su autoridad científica. Son los siguientes: don † José Bernardo Lira, don † José Eugenio Vergara, don Domingo Santa María, don Antonio F. Gundián, don Simón Cordovez, don Melchor Concha y Toro, don José Vidal, don Esperidión Cifuentes, don Jorge Eckers, don Fidel Urrutia, don Francisco A. Vidal, don Carlos E. Casanueva, don † don Nicanor Letelier, don Hermógenes Donoso, don Máximo del Campo, don Pedro N. Valenzuela M., don Luis Lemuhot, don Eulogio Allendes, don Rafael Sanhueza Lizardi, don Paulino Alfonso, don † Enrique Cood, don José Clemente Fabres, don Osvaldo Rengifo, don Federico Scotto, don Juvenal Ocampo, don Salvador Ramírez y don Mariano Puente.

LA DIRECCIÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO IV Santiago, 1.º de septiembre de 1888 NÚM. 4

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Comentario del Título preliminar y del Título I del Libro I del Código de Comercio (continuación), por don José Alfonso.—La propiedad intelectual ante la ley de propiedad literaria de 24 de julio de 1834 (conclusión), por don Roberto Huneeus.—Anotaciones al Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (continuación), por don José Ravest.—¿Hay acción resolutoria en una partición de bienes por falta de pago del precio de adjudicación? por don Fortunato Venegas.—¿Tiene mérito ejecutivo la confesión ficta ó presunta, esto es, la que la ley da por hecha en pena de no comparecer el demandado á prestarla? réplica, por don Fortunato Venegas.—¿Puede un acreedor impedir que otro acreedor se pague con bienes del deudor común, que ha embargado con antelación y sin alegarse preferencia alguna por el segundo ejecutante? por don Robustiano Vera.—Don Enrique Cood (conclusión), por don Miguel Luis Amunátegui Reyes.—Revista bibliográfica, por La Dirección.

COMENTARIO DEL TÍTULO PRELIMINAR Y DEL Título Primero del Libro Primero del Código de Comercio.

(Continuación)

Esta inteligencia de la ley guarda conformidad con el precepto del inciso 2.º del artículo 11, porque si se reconoce en el marido el derecho de hacer cesar la autorización presunta notificando de cualquier modo, en general, al comercio de una plaza, ó especialmente á un comerciante determinado, la revocación de su consentimiento, debería serle igualmente permitido poner término á la autorización expresa sin más formalidades que las necesarias para hacer llegar la revocación á noticia de los que se encuentran ó puedan encontrarse en relaciones de negocios con su mujer, sobre todo cuando este conocimiento se alcanzará, más que por documentos inscritos, por medio de la publicación de los periódicos y circulares.

Aunque el artículo no lo preceptúe, es inconcuso que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la revocación no puede tener efecto retroactivo. Todas las obligaciones contraídas anteriormente por su mujer deberán ser cumplidas con las consecuencias que fluyan necesariamente de su naturaleza. Por el mismo motivo, las operaciones pendientes tendrán que ser llevadas á su conclusión, del mismo modo que si el consentimiento estuviera subsistente. La facultad revocatoria, que la ley reconoce al marido, no puede convertirse en un lazo tendido á la buena fe, máxime cuando sería tan fácil una colusión entre la mujer y el marido, contra la cual no podrían los terceros precaverse.

El Código Civil establece que «el marido podrá revocar á su arbitrio, *sin efecto retroactivo*, la autorización general ó especial que haya concedido á la mujer.» (Artículo 141.) Esta disposición regirá en el silencio de la ley especial. Habría sido conveniente que se consignara á este respecto una disposición expresa, como lo ha hecho el nuevo Código de Comercio Español, según el cual, «la revocación no podrá en ningún caso perjudicar derechos adquiridos antes de su publicación en el periódico oficial» (Artículo 8.º, inc. 2.º).

Si conocida la revocación, no alcanza al marido responsabilidad alguna por los contratos posteriormente celebrados, ¿tendrán los terceros acción contra la mujer? En este supuesto, cabe la aplicación de la regla general que rige las obligaciones estipuladas por personas relativamente incapaces. La mujer responderá de sus actos en cuanto por medio de ellos se haya hecho más rica. Y los terceros no tendrán de qué quejarse, puesto que han contratado á sabiendas de la incapacidad.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ARTÍCULO 14

LA MUJER CASADA NO SERÁ CONSIDERADA COMO COMERCIANTE SI NO HACE UN COMERCIO SEPARADO DEL DE SU MARIDO.

La mujer casada no es legalmente mercadera pública si, al ejecutar operaciones comerciales, no hace otra cosa que asistir á su marido en el ejercicio de su comercio. Para que sea reputada comerciante es indispensable que se dedique á un giro separado, que proceda independientemente de su marido, cuya voluntad y dirección debe presumirse que prevalecen en el caso contrario. Puesto que la ley consiente que la mujer casada tenga una personalidad propia en los actos mercantiles, que ejecute en virtud de la autorización que le haya sido concedida según los artículos 11 y 12, y establece al efecto una excepción á las reglas generales concernientes á su capacidad, era lógico que dispusiera de la libertad de acción necesaria á la dirección propia y exclusiva del negocio en que ha de ejercer la profesión.

Puede suceder que, trabajando al lado de su marido, la mujer sea la verdadera y única directora de la negociación, y que la cooperación del marido se limite á la de un auxiliar. Esta circunstancia no daría á la mujer la personería requerida por la ley para que sea considerada como comerciante. Cualquiera que sea la influencia que se atribuya á la mujer en una especulación emprendida por el marido, y aunque esté de manifiesto que no predomina sino su voluntad, es forzoso que el giro que produce su carácter mercantil sea independiente y separado. El precepto legal es claro y explícito.

Por el mismo motivo, si una especulación se ofrece y presenta al público bajo el solo nombre de la mujer, y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en réalidad el marido tiene alguna participación en sus operaciones, como, por ejemplo, la de comprar los efectos que la mujer se encargará en seguida de vender, ésta no sería tampoco comerciante. Para adquirir este carácter, no basta que la mujer sola ejecute todos los demás actos exigidos por la negociación. Es preciso que todos tengan por origen su propia iniciativa.

El comercio de la mujer debe ser separado del de su marido; pero la ley no requiere que sea diverso. Pueden tener ambos á su cargo dos especulaciones separadas y de una misma clase, y la mujer será comerciante siempre que dirija independientemente la suya.

Concíbese que no será prueba suficiente de esta independencia el hecho de dedicarse el marido y la mujer al comercio en plazas diversas. Las negociaciones pueden estar separadas por distancias más ó menos considerables y recibir no obstante una sola dirección. En este caso no existiría un comercio separado.

Es evidente, por otra parte, que en la cuestión de hecho que habrá que decidir siempre que se suscite litigio sobre si existe ó nó un comercio separado, tendrán influencia las dos circunstancias que acaban de ser mencionadas, y servirán de presunción para hacer creer, la primera, que la mujer no ejerce un comercio separado, y la segunda, que es comerciante.

La mujer debe ser considerada como comerciante sin que para ello sea menester que el marido esté dedicado por su parte á la misma profesión. El texto del artículo da á entender, sin embargo, que ambos han de ejercer el comercio, cuando niega á la mujer el carácter de mercadera *si no hace un comercio separado del de su marido.* Puede suceder,— y no será raro,— que el marido esté ocupado en otra profesión ó industria, ó que no se dedi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que á ninguna: si la mujer administra por sí sola su comercio, es indudable que se produce la profesión mercantil, la cual tiene por fundamento la personalidad independiente de la mujer en el negocio para cuya dirección ha sido autorizada. El marido puede ser comerciante, así como ejercer la profesión de agricultor ó de minero: en ambos casos su autorización producirá el mismo efecto legal. Facultada la mujer para comerciar, no dejará de ser comerciante á consecuencia de que su marido no ejecute al mismo tiempo operaciones mercantiles. No puede ser otra la inteligencia racional del precepto, que ha reglamentado la situación común en que el marido sea también comerciante sin excluir ciertamente los casos en que pueda no serlo, ya por estar dedicado á otro género de trabajo, ya por no ejecutar ninguno. Además, los artículos 11 y 12, al reglamentar la autorización, no han exigido que sea otorgada por un marido comerciante, y se comprende que esta condición carecería de toda base en que apoyarse.

Antes de examinar las disposiciones del artículo 15, que determinan cuáles son las consecuencias legales que produce la autorización para comerciar otorgada por el marido á su mujer, conviene dilucidar una cuestión interesante, que no ha tocado el Código de Comercio, y que se encuentra esplícitamente resuelta por la ley civil. ¿Será lícito á la mujer recabar la autorización del juez en subsidio en el caso de negativa ó impedimento del marido?

Según el artículo 143 del Código Civil, «la autorización del marido podrá ser suplida por la del juez, con conocimiento de causa, cuando el marido se la negare sin justo motivo, y de ello se siga perjuicio á la mujer. Podrá asimismo ser suplida por el juez en caso de algún impedimento del marido, como el de ausencia real ó

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

aparente: cuando de la demora se siguiere perjuicio.»

El mismo Código establece que si por impedimento de larga ó indefinida duración, como el de interdicción, el de prolongada ausencia ó desaparecimiento, se suspende el ejercicio de la potestad marital, y la mujer es nombrada curadora del marido ó curadora de sus bienes, tendrá por el mismo hecho la administración de la sociedad conyugal (Arts. 145 y 1758 del Código Civil.)

Interesa averiguar y dejar establecido, tratándose de la autorización para comerciar, cuál es el derecho que en los casos mencionados compete á la mujer casada. Compréndese que, ausente ó desaparecido el marido, ó sujeto á interdicción, necesitará muchas veces la mujer dedicarse á una profesión lucrativa, como la del comercio, para atender á su subsistencia, y á la de la familia, á que seguramente no provee el marido. Esta consideración de manifiesta conveniencia ha sido tomada sin duda en cuenta por las disposiciones legales que acaban de citarse y les ha servido de fundamento.

Considerando primeramente los preceptos de los artículos 145 y 1758 del Código Civil, nos será permitido establecer como verdad inconcusa que ellos deben regir sin modificación alguna en materia comercial. La administración extraordinaria de la sociedad conyugal que dichos artículos confieren á la mujer, es un asunto reglado exclusivamente por el Derecho Civil, y en el cual no se ocupa ni tenía para qué ocuparse la ley de comercio. Cabe entonces de lleno la aplicación del principio que hace regir las disposiciones del Código Civil en todos los casos que no estén especialmente resueltos por aquella ley. En consecuencia, la mujer que tenga la administración de la sociedad, por el mismo hecho administrará con iguales facultades que el marido, y podrá

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

además ejecutar por sí sola los actos para cuya legalidad es necesario al marido el consentimiento de la mujer; obteniendo autorización especial del juez en los casos en que el marido hubiera estado obligado á solicitarla. Sólo no podrá, sin autorización de la justicia, enajenar los bienes raíces de su marido, ni gravarlos con hipoteca ó censos, ni hacer subrogaciones en ellos, ni aceptar, sino con beneficio de inventario, una herencia deferida á su marido. Aparte de estas restricciones, todos los actos y contratos de la mujer se mirarán como actos y contratos del marido, y obligarán, en consecuencia, á la sociedad y al marido (Arts. 1759 y 1760 del Código Civil.) Es, por lo tanto, obvio que, nombrada curadora de su marido, ó curadora de sus bienes por causa de interdicción, prolongada ausencia ó desaparecimiento de éste, podrá la mujer ejercer una profesión mercantil ó dirigir el giro que el marido hubiere abandonado. Los actos comerciales que ejecute se mirarán como actos del marido y surtirán los mismos efectos que si éste los hubiera ejecutado. En la situación jurídica que examinamos, la ley coloca á la mujer en el lugar del marido, sin otras limitaciones que las antes indicadas.

Si esto acontece en el caso de impedimento de larga ó indefinida duración, ¿regirá la misma regla cuando el marido niega su autorización y cuando se encuentra imposibilitado para otorgarla á consecuencia de otra clase de impedimento, como el de ausencia real ó aparente, á que se refiere el artículo 143 del Código Civil? Es claro que el Legislador se ha colocado en dos situaciones diversas en los artículos 143 y 145 del citado Código.

Supóngase que la mujer se reputa apta para dirigir una especulación comercial. Cree que, por medio de ella, le será fácil obtener utilidades que le permitirán mejorar

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

su condición y la de la familia, y solicita de su marido que le otorgue la autorización competente. Negada la autorización, ¿podrá la mujer acudir al juez para probar que esta negativa es infundada y perjudicial, y conseguir la autorización de la justicia en reemplazo de la autorización de su marido? Dedicada en el hecho á operaciones mercantiles, ¿le será lícito, valiéndose del mismo arbitrio, resistir á la reclamación ó protesta de su marido, que quiera oponerse á dicho comercio, y poner término á su consentimiento presunto?

Para la correcta resolución de la dificultad indicada es, á nuestro modo de ver, lo mismo que el marido niegue un consentimiento expreso ó que retire su consentimiento presunto. Desde el punto de vista del derecho é interés de la mujer, será más favorable el caso en que el marido pretenda poner término á un comercio que ya ejerce aquélla en el hecho, porque entonces podrá aparecer con más evidencia ó probarse con más facilidad que de la reclamación ó protesta del marido se sigue perjuicio á la mujer.

En este último caso, debe ante todo reconocerse que la ley civil no confiere derecho alguno á la mujer para oponerse á la voluntad del marido. El artículo 143 antes citado se refiere á la negativa de la autorización y nó á la revocación de la misma; y conteniendo una regla de excepción, no seria posible ni lógico extenderla á una situación jurídica que la ley no ha contemplado. En consecuencia, si, por su parte, el Código de Comercio tampoco estatuye cosa alguna en orden á la posibilidad de que la mujer resista á la revocación del consentimiento presunto, habrá que convenir en que debe conformarse á la voluntad de su marido que se opone á que continúe dedicada á operaciones de comercio. Contra la revoca-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ción del susodicho consentimiento el Legislador no confiere recurso alguno. El silencio de la ley especial no podría producir la vigencia de una regla que no existe en el derecho común.

Tampoco podrá oponerse la mujer á la revocación de un consentimiento expreso. La ley civil faculta al marido para revocar á su arbitrio, sin efecto retroactivo, la autorización general ó especial que haya concedido á la mujer (art. 141 del Código Civil), y no otorga á ésta recurso alguno contra el ejercicio de este derecho por parte del marido. Lo que éste determine constituirá la regla á que la mujer debe conformarse.

Queda aún por analizar el caso en que el marido no quiera conceder su autorización ó tenga para otorgarla un impedimento que no sea de larga é indefinida duración, por ejemplo, el de ausencia real ó aparente.

Supóngase que el marido niega su consentimiento sin justo motivo, y que de ello se sigue perjuicio á la mujer, la cual prueba que tiene aptitudes y medios para manejar con acierto una especulación mercantil.

Pero el marido puede oponerse á que la mujer ejerza el comercio, fundándose en consideraciones relativas al bienestar y á la tranquilidad del hogar doméstico, consideraciones que al marido y nó á la justicia toca apreciar.

Por otra parte, la ley confiere al marido el derecho de obligar á su mujer á vivir con él, y á seguirle á donde quiera que traslade su residencia, sin que esta regla se exceptúe sino en el caso en que el ejercicio de este derecho acarree peligro inminente á la vida de la mujer (artículo 133 del Código Civil). Concíbese fácilmente que ejercitando el referido derecho puede el marido hacer casi siempre imposible cualquier comercio de la mujer, ya que á ésta no le es lícito oponerse á un cambio

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de residencia sino por la causa antes indicada. La ley no ha contemplado, para limitar en este caso el derecho del marido, consideración alguna de interés pecuniario.

Empero, si el silencio del Código de Comercio relativamente á la regla del artículo 143 del Código Civil implicara la vigencia de esta regla en materia comercial, no sería concluyente en sentido contrario ninguna de las dos razones que se acaban de indicar. No la una, porque ella es de mera conveniencia; no la otra, porque la autorización subsidiaria del juez podría en su caso ser eficaz mientras el marido no usara de su derecho de obligar á la mujer á cambiar de residencia, y porque nada se opone á que, verificado este cambio, pueda la mujer dedicarse al ejercicio del comercio en el lugar de su residencia actual. Pero es que dicho silencio no puede recibir semejante interpretación.

Para que la mujer casada sea comerciante, se requiere la autorización previa del marido. Hé aquí el principio general; y en materia mercantil este principio no tiene excepciones. Se sabe que la ley especial reprodujo, para el ejercicio del comercio, la misma regla de derecho común en orden á la autorización marital; pero no pasó más allá. Su silencio acerca de la excepción en el caso de negativa del marido, sin justo motivo, sólo puede significar que no quiso reproducirla. Y tan cierto es ello, que ha establecido reglas para fijar las consecuencias que fluyen de la autorización, y determinado como deberán proceder la mujer divorciada y la que ha obtenido separación de bienes, puntos igualmente definidos por el Código Civil. Sobre estas diversas materias en negocios mercantiles no deberán regir otros preceptos que los que se contienen en el párrafo del Código de Comercio que constituye el objeto actual de nuestro estudio.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Agréguese, á mayor abundamiento, que siempre que la ley especial, en esta materia, ha querido hacer intervenir la acción de la justicia, lo ha dicho expresamente, como sucede en el caso de la autorización del marido menor de veintiún años, que debe ser aprobada por el juez, según el número 1.º del artículo 12.

Al caso de impedimento del marido que no sea de larga ó indefinida duración, como al de ausencia real ó aparente, son aplicables, por los mismos motivos, idénticas conclusiones. Habiendo reglamentado especialmente la ley mercantil las condiciones á que, para comerciar, sujeta á la mujer casada, no podrá ésta acudir á otros arbitrios que los que la misma ley determina, salva la excepción de la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, fundada precisamente en que esta situación jurídica está sustraída de la materia especial que trata el Código de Comercio.

Téngase presente todavía, para robustecer los fundamentos de la doctrina que hemos expuesto, que el artículo 15, que regla las consecuencias de la autorización marital, ha sido explícito refiriéndose sólo á la autorización expresa y á la tácita, sin estatuir cosa alguna acerca del efecto que produzca la que, por impedimento ó negativa del marido, sea otorgada por el juez. El derecho común hace una distinción muy importante entre el caso en que la mujer proceda autorizada por el marido, y el caso en que la autorización sea otorgada por la justicia (art. 146 del Código Civil). Esta distinción no existe en la ley mercantil, la cual no ha podido referirse en este punto al derecho común, porque, como después se verá, la autorización del marido no produce, según el Código de Comercio, las mismas consecuencias que señala el artículo citado.

José Alfonso

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

LA PROPIEDAD INTELECTUAL ANTE LA LA LEY DE PROPIEDAD LITERARIA DE 24 DE JULIO DE 1834

(Consideraciones sobre la ley de propiedad literaria)

(Conclusión)

"El Derecho Natural prueba con esto, por una parte, la existencia de un derecho privado de propiedad intelectual, y al mismo tiempo, por otra, *la existencia de un derecho social relativo al mismo objeto.* Así es que la propiedad intelectual presenta las mismas cuestiones que la propiedad material; *pero á la política corresponde también indicar las medidas justas que deben adoptarse para que el derecho privado pueda ser limitado por el derecho general de la sociedad.*"

Á pesar de que con esto queda por demás patente una enorme diferencia entre ambas propiedades, y explicada por este hecho mismo la disposición del inciso 2.º del artículo 584, queremos, sin embargo, insistir un poco en lo que va ya manifestado, hasta apuntar algunos de los males que se desprenderían de cualquier sistema adverso al de la limitación de la propiedad intelectual.

Al preguntarse uno de los más ardorosos partidarios de la perpetuidad (Rodríguez) "¿por qué causa, cuando al tratarse de las demás propiedades la ley se limita á reconocerlas y protegerlas, tratándose de la propiedad literaria la ley la concede y no como quiera, sino como un favor y un privilegio?" Se olvidó seguramente de que el goce perpetuo de esas facultades no puede sino acarrear enormes males al interés común; y que, por lo tanto, fácil es responder á su pregunta, si, al poner de manifiesto esos inconvenientes, se atiende siempre á que la propiedad no puede ejercitarse en limitación ó menoscabo de los bienes generales.

La perpetuidad acarrearía, en nuestro ánimo, los siguientes males: 1.º, no circularían las obras sino en cuanto esa circulación se armonizara con los intereses de sus autores; 2.º, por quitar al Estado la facultad que naturalmente le corresponde

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de velar por el orden y los intereses de los asociados, se le colocaría en la precisión de dictar leyes de expropiaciones con demasiada frecuencia; y ello en atención al bien público, el cual se habría de ver comprometido por los excesivos precios designados por los autores á sus propias obras ó por lo reducido de la circulación de aquellos cuya reimpresión impusiera fuertes desembolsos; toda vez que los particulares, en rarísimos casos, podrían disponer de capitales que aseguraran una circulación tan estable y numerosa como la que el Estado les dispensaría. Y esto del abuso de los precios acontecería sobre todo con los textos ú otras obras de importancia y de interés general, supuesto que así verían los autores más hacederos sus propósitos de negociar ó de lucrar únicamente con el fruto de sus esfuerzos.

Déjese á un autor con la seguridad de que nadie podrá impedirle jamás la circulación de sus obras y que nadie podrá asimismo reproducirlas sin su consentimiento expreso y se verán los abusos que de tal sistema habrían naturalmente de deducirse. No estamos distantes de reconocer que teóricamente es la perpetuidad el ideal á que debería de aspirarse; pero como sus inconvenientes prácticos son numerosos é inevitables, preferimos abogar por el contrario sistema, que quizás presenta menos garantías para los autores, pero que consulta en cambio el bienestar común. Y así lo han reconocido todas las naciones, toda vez que no conocemos legislación que haya adoptado el principio de la perpetuidad.

No dejamos por esto de admitir que también en el goce de la propiedad material puede envolverse un perjuicio á los intereses comunes que, á pesar de esto, no se la limita como á la otra. Verdad es esta tan sabida que, considerando ese mal, por remoto que fuese, sabiamente estableció nuestra Constitución política las leyes de expropiación para reprimirlos, pero siempre con las limitaciones expuestas en el inciso 5.º del artículo 12, que es precisamente el que otorga todo género de libertades y de garantías.

Que así como con la expropiación se reprimen en parte los abusos de la propiedad material, con la limitación se evitan los de la intelectual.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Viene esto, por lo tanto, á reducirse casi á una simple cuestión de procedimiento.

Pensamos, pues, que la aspiración actual debe concretarse á extender más los plazos, suministrando todo orden de facilidades al derecho de los autores; pero no á consagrar la perpetuidad si, junto con no olvidarse el objetivo pecuniario de muchos autores, se medita un tanto en el medio de satisfacer más ámpliamente las legítimas exigencias de los asociados.

Y si á alguien extrañase el que se diga *propiedad limitada*, le advertiríamos que ello no es sino una cuestión de palabras y para satisfacerle bastaría con recomendarle lá sustitución de *propiedad* por *derecho*, como lo hizo Edmond Picard al lanzar la fórmula más perfecta del *derecho intelectual*.

III

Consecuentes con nuestro programa, vamos á indicar los defectos que, á nuestro juicio, contiene la ley en que nos ocupamos. No anotaremos todas sus deficiencias, porque ellas se desprenderán solas después de la lectura del proyecto de reforma que más adelante indicaremos.

Crítica de la ley

Artículo primero. «Los autores de todo género de escritos, ó de composiciones de música, de pintura, dibujos, escultura, y en fin, de aquéllos 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 cualquier otro medio de reproducir ó multiplicar las copias.»

El espíritu de este artículo ha sido evidentemente bueno. Ha querido proteger todo género de obras, sin conseguirlo, á causa de no hacer una enunciación taxativa de las obras á que sus disposiciones se refieren.

Creemos que es preferible evitar en el encabezamiento de una ley vaguedades como las que en este artículo se encuentran, aún á trueque de venir á resultar de su remedio un mayor número de artículos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En vez de *literatura ó de las letras*, debió poner de *ciencias, artes ó literatura*, porque la primera frase, á más de redundante por un lado, peca por el otro de olvidadiza de muchos objetos á que debió este artículo de referirse.

En el texto de la ley se lee: "por medio de la imprenta, *biografía...*" Error tan claro no vale ni la pena de considerarlo; basta con advertirlo.

ART. 2.º "Los herederos *testamentarios y los legítimos gozarán por cinco años* del mismo derecho, *prorrogable hasta diez al arbitrio del Gobierno;* pero si el fisco fuere el heredero, pasará á ser de propiedad común."

Preferible habría sido, por ser más comprensivo, decir únicamente "los herederos legítimos", toda vez que así habrían quedado ambas categorías de herederos igualmente amparadas, ya que en el artículo tercero se da á los derechos de los autores la condición de transferibles (por testamento, por ejemplo), y supuesto que *donde la ley no distingue no es lícito al hombre distinguir.*

Gozarán por cinco años. El plazo que á la propiedad se concede no puede, por su excesiva discrecionabilidad, sino determinarse en vista de la costumbre ó de la práctica establecida en las más de las naciones más adelantadas que la nuestra propia, en materias de legislación ó de derecho. La belga da cincuenta años de propiedad á los herederos de los autores; la francesa concede el mismo plazo, contado desde la muerte del cónyuge sobreviviente, y la española, más liberal que todas, otorga á la propiedad intelectual un plazo de ochenta años, desde el fallecimiento del autor. La ley es poco liberal en este punto.

Prorrogable hasta diez al arbitrio del Gobierno.

No se nos ocurre hallar sino altamente criticable esto de dar al Gobierno diploma de crítico oficial de ciencias, artes y letras. Una ingerencia de este jaez, ingerencia que no hallamos en las legislaciones citadas, no debe permitirse, comoquiera que en la aplicación de esa salvedad habría margen á verdaderos abusos, de partidarismo sobre todo.

Cuando vimos la ley por vez primera, no nos extrañó tropezar con regla semejante. Estábamos ya demasiadamente convencidos de que existe en Chile el prurito de entrometer al Gobierno en todo...

Del razonamiento enunciado, puede también lógicamente deducirse que no es aceptable en manera alguna el sistema de pagos ó retribu-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ciones á los autores de obras que sean calificadas como de mérito por los Gobiernos.

ARTS. 3.º Y 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 nó en una nueva edición de los escritos publicados ya en vida del autor, porque entonces seguirá la suerte de éstos.»

En vez de *manuscrito* debió ponerse sólo: *el propietario de una obra póstuma*, porque de otro modo no quedan amparadas por este artículo las obras plásticas, por ejemplo.

Llámanos la atención, en este artículo, el plazo concedido al propietario y olvido en que la ley incurre de los herederos de él. Supongamos que el propietario de un libro póstumo deposita los ejemplares correspondientes en la biblioteca pública, y al día siguiente de depositarlos muera. Parécenos indudable que sus herederos debieran gozar de la propiedad del libro hasta enterarse los diez años de que aquí se habla. Y esto es lo que imaginamos sea el espíritu de la ley; pero ello no es bastante para disculpar el olvido en que ha relegado, como ya dijimos, á los herederos del propietario de una obra póstuma.

Lejos de aceptar el plazo de diez años que, como todos los que esta ley determina, nos parece sobremanera reducido, hemos copiado en nuestro proyecto el artículo 4.º de la ley belga de 22 de marzo de 1886, el cual concede á los propietarios de una obra póstuma el goce de los derechos de autor durante cincuenta años á contar desde el día en que se haya publicado, representado, expuesto ó ejecutado. Parécenos que ese artículo debe de reemplazar al que ahora criticamos, sin más variación que la establecida por nosotros en el artículo 4.º del proyecto referido.

El plazo aconsejado, creemos que debe igualmente de extenderse á los poseedores mismos de esas obras póstumas, y á los traductores ó recopiladores de libros de cualquier género; ya que no es aceptable colocar con las mismas garantías que á los autores á quienes se imponen un trabajo menos generoso y noble que el que otros experimentan. Lo contrario no sería sino un desestímulo para los autores. Advertimos que hallamos liberal el plazo que conceden á los traductores las leyes belgas, y que si así lo aceptamos es en consideración al hecho de que un país joven necesita para su progreso y desenvolvimiento intelectuales de la lectura de obras extranjeras que es menester

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

traducir para colocarlas al alcance de los asociados. Nuestra aceptación no nace, pues, sino de un deseo de estimular á los traductores para que, ganando con su trabajo, continúen en él, pero de un modo empeñoso y acertado, lo que pocas veces hemos tenido la satisfacción de observar.

Como hablamos ya de las personas á quienes se dirige el artículo 5.°, parécenos inoficioso detenernos nuevamente en el examen de lo que él dispone.

ART. 6.° "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. 9.° "Los traductores de cualesquiera obras y sus herederos tendrán los mismos derechos que los autores y sus herederos."

Intencionalmente colocamos juntos estos dos artículos para evidenciar una falta de consecuencia de la ley.

Nada tenemos que observar á la concesión de los mismos derechos á los chilenos y á los autores extranjeros que publican por primera vez sus obras en el territorio nacional. Ello nos parece justo. Lo que sí criticamos es el hecho de colocar á los traductores sobre los autores extranjeros; toda vez que en los más de los casos tendrán estos últimos que traducir ó hacer traducir sus obras al idioma castellano, reuniendo así un doble carácter de traductores y de autores, con el objeto de asegurar una circulación que, de otro modo, habría de ser tan pequeña que no compensara uno solo de los sacrificios hechos para producirla. Es verdad que tiene esto sus excepciones, comoquiera que nuestra lengua es también nativa de otros Estados; pero como no constituyen éstos la mayoría y como hay menos inmigración española que alemana, inglesa ó francesa, preferimos optar por la medida recomendada, ya que con ella se favorecería á muchos sin perjudicar á nadie.

ART. 7.° "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."

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Este artículo debió conjuntamente de referirse á las composiciones musicales, supuesto que una composición exclusivamente musical se *ejecuta* y no se *representa*, como parece haberlo olvidado la ley si pensó que quedaban ellas comprendidas entre las "piezas teatrales."

En ningún teatro de Chile. En vez de esta frase debió escribir: "en ningún teatro ó *lugar público* de Chile."

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."

Parécenos reducido el plazo de cuarenta años, en atención á que generalmente las obras que en colaboración ó mediante el trabajo de un cuerpo colegiado se producen, son de tales extensión é importancia que se exige el desembolso de ingentes capitales para la impresión ó reproducción de ellas. Opinamos que lo más razonable y capaz de evitar conflictos posteriores son las disposiciones belgas que en nuestro proyecto transcribimos en determinadas reformas.

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 quien pertenezca."

En este importante artículo, lastimosamente confundió el Legislador las obras de esta especie, olvidándose de que dentro de sus disposiciones no cabían sino las obras científicas y literarias.

¿Cómo se asegurará entonces la propiedad de las obras plásticas? Porque no es posible que el autor de un cuadro ó el creador de una escultura reproduzcan sus mismas obras con el objeto de depositar tres ejemplares en la Biblioteca Nacional.

Basta la deducción natural de este absurdo para patentizar los gravísimos defectos del artículo que criticamos.

El sistema de *inscripción* ideado y consagrado en las leyes inglesas y francesas y en parte en la española, se impone como el más perfecto de cuantos hasta hoy se han enunciado para asegurar la propiedad intelectual.

Para aplicar las disposiciones de varios artículos de nuestro proyecto, aplicaciones que no podrían verificarse sin el establecimiento previo del

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sistema de inscripción, nos atrevemos á recomendar que se dicte una ley con ese objeto, y cuya esencia fuera más ó menos, la que sigue:

ARTÍCULO PRIMERO. Créase en la Biblioteca pública de Santiago y á cargo de su mismo director, una sección de registro de propiedad intelectual.

La propia sección se establecerá en los demás puntos de la República, á cargo del Conservador de bienes raíces.

ART. 2.º En el mes de enero de cada año se enviará una copia de cada registro á las aduanas y á la oficina central, que será la de la Biblioteca de Santiago.

ART. 3.º Todos los plazos concedidos al goce de la propiedad intelectual se contarán desde la fecha en que las obras se encuentran anotadas en el registro.

ART. 4.º Toda oficina de inscripción tendrá además un empleado dependiente del director respectivo, con el goce de un sueldo anual de tantos pesos.

Así establecida y amparada racionalmente la propiedad intelectual de todo género de obras, se salvarían los defectos que venimos indicando.

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."

Se concibe que se haya puesto en la ley semejante artículo, que en el año 1834 pudo ser un estímulo poderoso de adelanto y mejoramiento en las impresiones; pero hoy en día, que en punto á impresiones no extraordinarias se hace en Chile lo que en Europa misma, no le reconocemos utilidad alguna.

ART. 12. "Si el autor ó editor de una obra no quisiese gozar de este privilegio y omitiere las formalidades prescritas en el artículo 10, el impresor estará obligado á entregar los mismos tres ejemplares en la Biblioteca pública de Santiago."

Dentro del sistema actual no puede hacerse á este artículo observación alguna.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 13. "Todo impresor deberá también depositar en la misma Biblioteca dos ejemplares de cada papel periódico ó suelto que imprima y pasar cinco al Ministerio del Interior y otro á cada fiscal."

Este artículo ha sido inspirado en su parte segunda en el propósito quizás de proporcionar á los agentes de la autoridad y de la justicia los elementos necesarios para reprimir todo abuso á la libertad de imprenta; y si así no fuere, se nos obligaría á declarar que lo hallamos de todo punto innecesario en la parte á que nos hemos referido.

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.*"

Este artículo no sugiere observacion alguna.

ART. 15. "Si alguno reimprimiere, grabare, imitare una obra agena 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."

Nuestro Código Penal, en el artículo 491, determina las penas impuestas á los infractores de la propiedad intelectual; pero desgraciadamente hay en la ley un vacío facilísimo de observarse, cúal es el olvido de lo que ella misma entiende por ataque á aquel género de propiedad.

En casi todas las legislaciones se encuentran capítulos especiales consagrados á este objeto.

Reproduciremos en nuestro proyecto varias de las ideas que la lectura de alguno de esos capítulos nos ha inspirado; ideas que en su aplicación práctica habrán de ser de necesidad y de conveniencia.

Damos aquí por terminada la sucinta crítica que de nuestra ley hemos hecho, para ocuparnos seguidamente del proyecto de reforma que nos atrevemos á recomendar.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

PROYECTO DE LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

TÍTULO PRIMERO

De la propiedad intelectual en general

ARTÍCULO PRIMERO. Sólo el autor de una obra científica, artística ó literaria tiene el derecho de reproducirla ó de autorizar la reproducción de ella.

ART. 2.º Los autores gozarán de este derecho durante toda su vida y lo transmitirán á sus herederos legítimos por el término de cincuenta años.

ART. 3.º El derecho de propiedad intelectual puede transmitirse á cualquiera persona y por cualquier título, sujetándose á las disposiciones de la presente ley.

ART. 4º. El propietario de una obra póstuma gozará de los derechos de autor durante cincuenta años contados desde la fecha en que se la hubiere inscrito en el registro de que hablan los artículos 24 y siguientes.

ART. 5.º El Estado gozará también de los beneficios de la propiedad intelectual.

ART. 6.º, La propiedad de obras de corporaciones ó de personas jurídicas, ó que se produjeren en colaboración, se transmitirá de socio en socio ó de colaborador en colaborador, y sus herederos no gozarán de ella sino por cincuenta años contados desde la muerte del último socio ó colaborador sobreviviente.

ART. 7.º Cuando sea indivisible el uso de los derechos de autor se reglará su ejercicio por medio de contratos, no pudiendo ejercerse separadamente, en defecto de ellos, sino con el objeto de obtener de los Tribunales la resolución de algún desacuerdo.

Pero cada uno de los socios ó colaboradores podrá perseguir separadamente cualquier atentado á la propiedad de aquello en que alguna parte le corresponda.

ART. 8.º Las obras anónimas ó publicadas con seudónimos se anotarán en una sección especial del registro; y, para los efectos del goce de la propiedad, será tenida por autor la per-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sona que la inscriba, ora en su propio nombre, ora como representante del autor legítimo.

TÍTULO II

Del derecho de autor sobre las obras científicas ó literarias

ART. 9.º La propiedad científica ó literaria comprende tanto la de todo género de escritos cuanto la de las lecciones, alegatos, discursos, conferencias, sermones y cualquiera otra manifestación oral del pensamiento.

Cuando se hicieren en público dichas manifestaciones, podrán ser libremente reproducidas; pero sólo los autores podrán publicarlas en hoja suelta, folleto ó libro separado.

ART. 10. No hay propiedad sobre las obras que constituyen actos oficiales de las autoridades y del Estado.

ART. 11. La propiedad de que este título se ocupa confiere á los autores el derecho exclusivo de hacer ó de autorizar la traducción, estracto, resumen ó compendio de sus obras.

ART. 12. El derecho de propiedad no excluye el de hacer citas en una obra de crítica, de polémica ó de enseñanza.

ART. 13. Pueden reproducirse los artículos de los periódicos, indicando siempre de donde se les toma, cuando no esté expresamente advertida la propiedad de ellos.

Para los efectos de este artículo se considerarán como periódicos las revistas científicas, artísticas ó literarias.

TÍTULO III

Del derecho de autor sobre las obras teatrales y composiciones de música

ART. 14. Ninguna obra teatral ó de música podrá representarse ó ser ejecutada, en todo ó parte, en un lugar público sin el consentimiento de su autor.

ART. 15. No podrá un extraño hacer arreglos de una obra original ó sobre motivos de ella sin el requisito del artículo precedente.

ART. 16. Los colaboradores de óperas, zarzuelas y composi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ciones dramáticas podrán explotarlas separadamente por medio de publicaciones, traducciones ó ejecuciones públicas; pero no quedan facultados para hacer intervenir á un nuevo colaborador en la misma obra cuando se trate de variarla en lo más mínimo que fuese.

TÍTULO IV

Del derecho de autor sobre las obras plásticas

ART. 17. Comprende la propiedad de que este título se ocupa la de las pinturas, esculturas, dibujos, mapas, planos, diseños científicos, fotografías, y en fin, la de toda obra plástica susceptible de reproducción por la fotografía, la litografía, el grabado ú otro procedimiento industrial cualquiera.

ART. 18. La transferencia de una obra de arte no da al comprador ó adquirente la facultad de reproducirla ó de hacer pública exhibición de ella.

ART. 19. Gozarán de la propiedad asegurada á los autores, los fotógrafos respecto de las vistas que saquen de puntos ú objetos no reproducidos hasta entonces.

ART. 20. Los retratos de personas no podrán reproducirse por otro fotógrafo, ni venderse ó exhibirse en público por el mismo que los obtuvo sino mediante el consentimiento del representado ó de sus herederos.

Subsisten estos derechos durante veinticinco años, á contar desde el fallecimiento de la persona representada.

TÍTULO

De los extranjeros, traductores y otros

ART. 21. Los extranjeros que publiquen sus nuevas obras en Chile gozarán de los derechos garantidos á los autores nacionales; pero los que hicieren otra edición de las publicadas en un país diverso caerán bajo las disposiciones del artículo siguiente.

ART. 22. Los traductores, compiladores, y los que extractan

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y compendian obras de cualquier género, gozarán de los derechos concedidos á los autores; pero sólo por el término de cincuenta años.

Esta propiedad no se transmitirá á los herederos sino cuando los que gozaban de ella murieren antes de cumplirse el plazo determinado.

TÍTULO VI

Del depósito y del registro

ART. 23. Para entrar en el ejercicio de la propiedad intelectual, no se requerirá más que la inscripción de las obras en el registro de que trata la ley del caso.

ART. 24. Las obras plásticas deberán anotarse dentro de los treinta días siguientes á aquel en que se verificó por primera vez la pública exhibición de ellas.

ART. 25. Las inscripciones de las obras literarias ó científicas se hará junto con un depósito de tres ejemplares, dentro de los treinta días siguientes á aquel en que empezare la circulación de ellas.

ART. 26. Sin el cumplimiento de los requisitos ordenados en los artículos anteriores, pasarán á ser las obras de propiedad común.

TÍTULO VII

De la falsificación y de sus penas

ART. 27. Todo ataque malicioso ó fraudulento inferido á los derechos consagrados en la presente ley, constituirá el delito de usurpación de propiedad indicado en el artículo 471 del Código Penal.

ART. 28. Los que concientemente vendan, coloquen para vender, circulen, ó introduzcan en el territorio chileno obras fraudulentas, serán considerados responsables del delito de usurpación de propiedad.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

TÍTULO FINAL

De la observancia de esta ley

ARTÍCULO FINAL. Esta ley empezará á regir el. . . . . y en esa fecha quedará derogada la ley de propiedad literaria de 24 de junio de 1834.

El plan de la ley belga de 22 de marzo de 1886 es el que hemos adoptado casi totalmente en el proyecto que acaba de leerse.

Para la elaboración y término de este pequeño trabajo nos hemos valido de trabajos cuya lectura recomendamos muy especialmente. Ellos son los siguientes:

Ahrens, *Curso del Derecho Natural.*

Batbie, *Droit public et administratif.*

Block, *Dictionaire de la politique.*

Journal du Droit International Privé; números VII y VIII, correspondientes al año de 1887.

Z. Rodríguez, *La Propiedad Intelectual*, publicado en el número I de la *Revista de Artes y Letras*, 1884.

Ley de propiedad intelectual de España, de 10 de enero de 1879.

J. Demombynes, *Les Constituticns Européennes.*

IV

Antes de concluir, vamos á enumerar algunos casos prácticos de litigios de propiedad intelectual para evidenciar una vez más la necesidad de la reforma que pedimos, y enunciaremos en seguida otros males de tan difícil represión, que los exponemos con el solo propósito de pedir que se les considere y se les estudie hasta hallar el arbitrio que para siempre les ponga término.

a) CASOS PRÁCTICOS.— En 1883 se presentó el señor Spencer demandando de perjuicios á otros fotógrafos por haber éstos reproducídole ó copiado algunas vistas que de ciertos puntos y personas que habían intervenido en la guerra del Pacífico, obtuvo Spencer mediante grandes esfuerzos y sacrificios y tras un desembolso de más de seis mil pesos. Mas como el señor Spen-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cer no pudo sino fundarse en razones de equidad y de justicia, y como la ley no consultaba, en esa parte, principios semejantes hubo de resolverse en contrario una petición tan justa y razonable.

Como se ve, es de la misma recta y escrupulosa aplicación de la ley, de donde surge más de manifiesto la utilidad de su reforma.

Pero los más de los casos litigiosos ocurridos en Chile sobre propiedad literaria, nacen de la carencia casi absoluta de convenciones ó tratados internacionales. Vamos á enumerar algunos.

En el año 1856, antes, por lo tanto, de la promulgación del Código Civil, se presentó don Pedro Juste, *querellándose de despojo*, contra los señores Tornero por haberse publicado en Europa una edición de la obra *Derecho Canónico* del señor don Justo Donoso. Ventilóse costosa y detenidamente el pleito, y la Corte no pudo sino satisfacer á medias las pretensiones del perjudicado, debiéndose ello exclusivamente á la carencia de convenciones internacionales.

En el año 1887, don Gonzalo Cruz, autor de varios textos de geografía descriptiva, se presentó demandando al Fisco y á don Abelardo Núñez por haber el último impreso en Alemania, por encargo del Gobierno, una reproducción más ó menos fiel de una de sus obras.

En vista de que el ataque á la propiedad intelectual se ha cometido fuera del territorio nacional, donde no alcanza, por lo tanto, la jurisdicción chilena, no podrán castigar los tribunales la usurpación misma del referido derecho, sino el acto de circular en el país los ejemplares de aquel libro. Como se ve, esto no satisface por completo.

Un caso más grave aún ha ocurrido en perjuicio de una de las eminencias del arte escultórico de Chile. Nos referimos al plagio que se ha hecho en Francia del inmortal "Caupolicán" de don Nicanor Plaza.

¿Cómo castigar al artista francés sino hay más que una razón de moralidad para ello?

Y esto que en Chile ha ocurrido se ha verificado numerosas veces en distintas partes de la Europa.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Don Gaspar Núñez de Arce, el mejor representante de la poesía lírica contemporánea, se expresa así en el prólogo de uno de sus últimos poemas:

"Resulta, pues, que en el período de seis años, y sólo en los Estados Unidos, Méjico, Colombia y Chile, se han publicado ochenta y tres ediciones de mis poemas, ya en colección, ya sueltos, y no es inverosímil calcular, en vista de estos datos, que pase de ciento el número total de las que se hayan hecho, durante este espacio de tiempo, en las demás repúblicas de América, no comprendidas en este catálogo.

"No me quejo de este despojo: no es moral; pero es legal. A pesar de que los más distinguidos representantes de las repúblicas hispano-americanas en Europa suelen ser miembros importantes de la *Asociación Internacional*, fundada en París para la defensa de la propiedad literaria, y de que los jóvenes pueblos del nuevo mundo creen tener más clara noción del derecho y de la justicia que las viejas naciones del antiguo continente, *la verdad es que en ninguna parte está tan menoscabada y desconocida la propiedad intelectual de los extranjeros, salvo honrosísimas y contadas excepciones, como en las repúblicas de origen español.* No, ciertamente, en provecho de sus literaturas particulares, que sufren la competencia de las demás de Europa, y principalmente de la castellana, en condiciones desventajosas para su propio desarrollo, ni en beneficio de la cultura general, que nada perdería con que se amparasen los derechos del autor, sino en pro de unos cuantos editores y empresarios de teatros entregados al merodeo de obras ajenas, á quienes no censuro ni condeno, porque la culpa no es suya, sino de las leyes que autorizan y legitiman semejante expoliación.

"Mas ya que reproduzcan á mansalva los libros de España, ¿no podrán cuidar, por lo menos, de que las ediciones se hicieran, no digo con esmero, pero siquiera más fielmente ajustadas á los textos? No sé si otros escritores serán más afortunados que yo; por lo que á mí se refiere, puedo afirmar, bajo la fe de hombre honrado, que casi todas las reimpresiones americanas de mis obras están tan plagadas de erratas, tan desordenadas y mal dispuestas, como hechas de batalla y con un fin puramente lucrativo, que da grima verlas. Unos colectores, sin duda para

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ahorrar papel, han prescindido de mis prólogos y notas explicativas; otros, tal vez para dejar á salvo sus opiniones políticas y religiosas, han suprimido, sin alterar la numeración correlativa de las estrofas á fin de disimular el engaño, aquellas que se avienen mal con su modo de pensar y de sentir, y por último, otros, todavía menos escrupulosos, han publicado ediciones bajo el pomposo título de *Obras poéticas completas* que, como la estampada en Nueva York (1884), apenas contienen una mitad de las que he compuesto.

»¿Es esto lícito? Enhorabuena que los editores americanos no respeten nuestra propiedad; pero al menos que acepten nuestro pensamiento, y no le mutilen á su antojo.

»No creo que sea exigir demasiado.»

Y no hace mucho leímos en uno de los periódicos de Chile el hecho de haberse dañado á don Antonio de Trueba por la imprenta Brockhaus, en la propiedad de algunas de sus obras.

Como éstos podríamos enumerar un gran número de casos; pero pensamos que, reconocido el mal, es innecesario mayor acopio de ejemplos para insistir en lo que ya queda expuesto.

Pecan, pues, muy y mucho de desidia ó indiferencia los gobiernos que, como el nuestro, no se preocupan de asegurar la propiedad intelectual con el facilísimo procedimiento de los tratados internacionales.

Estúdiense las disposiciones de la ley belga de 1886, así en el aseguramiento de la propiedad intelectual como en los plazos que para ella se determinan, que en cuanto á las penas impuestas á sus infractores no nos parecen mal las establecidas en nuestro Código; las mismas que, en nuestro ánimo, deben aplicarse á quienes circulan obras fraudulentas en el territorio nacional.

b) MALES Y ABUSOS. — No hemos pretendido, ni mucho menos hacer un estudio completo de la propiedad intelectual, y tanto es así, que vamos á indicar, no todos, pero, al menos el más importante y transcendental de ellos. Nos referimos al excesivo y hasta insolente precio que se da en Chile á las obras de enseñanza. El mal se explica, pero no por eso debe justificarse.

Sabido es por los autores, ó por los comerciantes que han

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

comprado á éstos el monopolio de sus obras, que los libros de enseñanza adoptados como textos, tienen una salida forzosa é inevitable; y de aquí que exageren el valor de ellos, imponiendo á los compradores verdaderos sacrificios y quién sabe si hasta la abdicación de los proyectos que de educarse alimentaban algunos huérfanos y desterrados de la fortuna con el santo y nobilísimo anhelo de conquistarse un nombre.

Dos arbitrios se nos ocurren; pero muy imperfectos ambos:

1.º La adquisición que de los textos puede hacer el Estado para darles una renta menos indecorosa; y

2.º La fijación del precio á los textos hecha por la Facultad respectiva junto con resolver la aprobación de la obra como libro de enseñanza.

Como se ve, no satisface el primero, toda vez que se derivan de él los siguientes males: 1.º, siendo el Estado el comprador, los autores alzarían más los precios con la mira de defraudarlo, subsistiendo así el abuso sin más diferencia que la entidad por la cual se ejercitara; y 2.º, dispondría el Estado de un nuevo y poderoso elemento de favoritismo, mal que dejamos ya suficientemente censurado.

Examinemos ahora el segundo de los arbitrios apuntados.

No lo recomendamos, no por investir un ataque al derecho individual, como podría alguien suponerlo; comoquiera que sobre él está el interés general de la sociedad y á este último obedecerá la aplicación de ese sistema, sino antes por las siguientes razones: 1.ª Siendo así que la ley exige textos aprobados oficialmente sólo para la instrucción secundaria, vendría á ser este sistema á todas luces incompleto; y 2.º La poca estabilidad que esos precios tendrían; pues, por muy despreocupados que fueran los agentes que los determinaran, habrían de fijarlos siempre en armonía con el estado económico, estado que, como bien se sabe, es inconstante y difícil además la previsión del que ha de sobrevenir.

Son problemas estos de tan dificultosa solución que no haremos sino recomendarlos á personas más competentes y mejor preparadas que nosotros para que, preocupándose del interés común, mediten en puntos que como éste son de evidentísima importancia.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

¡Enorme responsabilidad, pues, la de aquellos que descorazonadamente prostituyen los derechos de propiedad intelectual con el móvil de comerciar y enriquecerse á costa ¡quién sabe! si hasta de los hambrientos y de los mendigos! Es verdad que este abuso estimula el necesario principio de la competencia: único elemento que viene á paliarlo un tanto; pero sea como se fuere, el hecho es que son responsables: si no pecan ante la lei delinquen ante la moral.

V

Por último, y como argumento de autoridad en pro de la reforma que preparamos, no vamos á decir sino que las legislaciones todas amparan ardientemente el principio de la propiedad intelectual; que las más adelantadas no reconocen por eso la teoría utópica de la perpetuidad; que consagran la inscripción como el mejor sistema de proteger esos derechos y que unánime y severamente castigan todo ataque al derecho de los autores; derecho que, como dice Núñez de Arce, "es el más legítimo, el más noble y el más puro."

Pensamos, pues, que es tiempo ya de corregir una de las leyes de interés más general, satisfaciendo así una de las más santas y preciosas aspiraciones del espíritu humano.

ROBERTO HUNEEUS

Santiago, marzo de 1888.

ANOTACIONES AL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(Continuación)

ARTS. 380 y 381. Dice el artículo 380:

Salvo las presunciones de derecho, el juramento deferido prevalece sobre todas las demás pruebas.

Y el 381: Entre dos ó más pruebas contradictorias y á falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme á la verdad.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Á nuestro juicio, la confesión de la parte prevalece sobre todas las demás pruebas, cuando está precedida del juramento deferido; en seguida la documental, después la de peritos é inspección personal, y por último la de testigos. Sin perjuicio de que los tribunales prefieran en casos especiales la que crean más conforme á la verdad.

Los dos artículos podrían quedar reducidos á uno solo en esta forma:

ART. 380. Salvo las presunciones de derecho que no admiten prueba en contrario, la confesión de la parte precedida del juramento deferido prevalece sobre toda las demás pruebas.

Si fueren contradictorias, se apreciarán preferentemente en este orden:

La confesión;
El juramento deferido;
La documental;
La de peritos;
La de inspección personal;
La de testigos; y
La de presunciones judiciales.

No obstante, los tribunales en casos especiales preferirán la que estimen más conforme á la verdad.

ART. 382. Este artículo dispone:

Que una escritura pública puede invalidarse con prueba de cinco testigos hábiles, de haber fallecido ó estar fuera del país las personas otorgantes ó autorizadas *el dia del otorgamiento* y los *setenta subsiguientes*. Y que, sin embargo, esta prueba queda á la apreciación del tribunal.

Luego no se invalida por el testimonio de cinco testigos únicamente Se quiere tan sólo que por lo menos haya cinco testigos en contra de la verdad del otorgamiento de la escritura objetada de falsa.

Si tal es la mente del artículo, es defectuosa su redacción. Y más correcta sería en esta forma:

Para invalidar una escritura pública objetada de falsa, por medio de prueba testimonial, se requiere á lo menos cinco testigos con las condiciones expresadas en la regla

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

segunda del artículo 333, que declaren uniformemente que la parte que se dice otorgante ó el escribano ó alguno de los testigos instrumentales había fallecido con anterioridad ó se encontraba fuera del país el día del otorgamiento y los setenta (1) subsiguientes.

Esta prueba, no obstante, puede ser contradicha por otra y el tribunal la apreciará como fuere de justicia.

El inciso 3.° del artículo queda como está.

TITULO X DEL LIBRO II

En este título no se fija plazo para que el juez dé sentencia. Debiera agregarse á este respecto un artículo como sigue:

ART. 389, bis. Citadas las partes para sentencia, el secretario entregará acto continuo el proceso á disposición del juez, poniendo de ello certificado.

El juez pronunciará sentencia en los plazos señalados en juicios especiales ó sumarios. Y en juicios ordinarios comunes, si, después de sesenta días desde el certificado de entrega, no hubiere dado sentencia, deberá dar cuenta semanal al superior del estado de la causa y motivo del retardo.

ARTS. 397 y 398. Dice el artículo 397:

Que la adhesión en el caso de sentencia interlocutoria se haga *por escrito* y *dentro de tres días* desde la notificación del decreto de *Autos*.

Nos parece mejor la práctica actual que permite adherirse por escrito ó *verbalmente en estrados*, cualquiera que sea el número de días que haya transcurrido.

Si no hay expresión de agravios por escrito, ¿por qué exigir que sea por escrito la adhesión del recurso, cuando la apelación misma se interpone verbalmente?

Bajo estas observaciones, los artículos 397 y 398 quedarían refundidos en uno solo y en esta forma:

(1) Creemos demasiado setenta días.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La adhesión en el caso de sentencia interlocutoria podrá hacerse *verbalmente* en estrados con presencia de la parte ó su procurador; ó *por escrito* antes de la vista de la causa, y en este caso se mandará agregar el escrito á los autos con citación contraria, sin suspenderse el decreto de *Autos*.

ART. 400. Debe agregarse un artículo que contenga las siguientes disposiciones:

ART. 400, bis. Cuando la sentencia definitiva haya sido apelada por ambas partes, expresará agravios el primer apelante y el otro los contestará expresando agravios por su parte, y con la respuesta del primero se piden *autos* para sentencia.

La misma tramitación se observará cuando el apelado al contestar los agravios acompañare documentos.

Si hay varios apelantes, como en un concurso, por ejemplo, del escrito del primer apelante que expresa agravios se manda correr el traslado sucesivamente á cada uno de los demás, y del último se da traslado al apelado ó apelados y con la respuesta de éstos se piden *autos*.

Y si uno de los apelantes expresare agravios y los demás no lo hicieren, el apelado podrá pedir respecto de éstos la deserción del recurso; y declarada la deserción, contestar á la expresión de agravios.

ART. 402. Entre las causas de preferencia para la tabla que se enumeran en el inciso final de este artículo deben agregarse:

Las de interventor ó retención de productos de minas y su administración; las de despojo, amparo y suspensión de obra nueva.

El artículo 403 está en abierta oposición con el 190 que establece la deserción del recurso contra el apelante que no compareciere á seguir la apelación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El mismo artículo, sin distinguir si es el apelante ó el apelado el que dejare de comparecer dentro del emplazamiento, considera rebelde al que no comparece, para el efecto sólo de notificarlo en la forma dispuesta en el artículo 404. De modo que no admite la deserción del recurso en ninguno de los dos casos; lo que es contrario al artículo 190 y á la práctica actual.

La no comparecencia del apelante da lugar á la deserción del recurso.

La del apelado á proseguir la causa en su rebeldía; y en este caso tendría lugar lo que se dispone en el artículo 404.

Por consiguiente, para conciliar la contradicción anotada debiera aclararse que el artículo 403 se refiere sólo al apelado y no á las dos partes.

Ó bien suprimir el artículo 403 y dejar subsistente el 404 modificando su redacción como explicativa del artículo 191.

El artículo 403 (suprimido).

Y en esta forma el artículo 404:

No compareciendo alguna de las partes á seguir la apelación dentro del término del emplazamiento, si fuere el apelante y á petición de la otra parte que hubiere comparecido, se procederá en rebeldía de aquel á declarar desierto el recurso conforme al artículo 190.

Y si fuere el apelado el que no compareciere, declarado rebelde conforme al artículo 191, se le anotarán en el proceso todas las notificaciones...

Nota. El artículo 404 quedaría con la numeración de 403, y bajo el número 404 se comprenderían las siguientes disposiciones:

Art. 404, bis. Si el apelante que ha comparecido dejare de agitar la causa en segunda instancia por más de un año, la otra parte tendrá derecho de pedir que la apelación se dé por *prescrita* y por firme la sentencia apelada.

Otro artículo:

Art. 404, bis. No compareciendo las partes ó no agi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tándose por ninguna de ellas la causa durante un año desde que haya ingresado al tribunal de alzada, éste mandará archivar la causa en secretaría sin perjuicio del derecho de las partes.

ART. 405. Más completo quedaría el artículo en esta forma:

La vista de las causas será en audiencia pública y se verificará abriendo la sesión el presidente del tribunal; el relator hará la relación de la causa, en la que no podrá ser interrumpido por los abogados ó las partes, sin perjuicio de rectificarlo á su turno; y hablarán en seguida los abogados de las partes ó éstas en causa propia, primero el abogado del apelante y después el del apelado; y si ambas apelaron, el de la parte que primero apeló.

Á ambos les será permitido rectificar equivocaciones ó restablecer hechos que hayan podido ser presentados con inexactitud, pero sin replicar en lo concerniente á puntos de derecho.

(Siguen los otros dos incisos del artículo 405).

Y se agregaría otro inciso mas:

La relación de la causa podrá hacerse en privado, mientras alguna de las partes ó de sus abogados no reclamare la audiencia pública por medio del portero, que deberá entrar al instante á dar cuenta al tribunal.

Concluída la relación en privado, se avisará á los abogados de las partes estando en el recinto del tribunal, y la audiencia continuará pública.

ART. 416. Al final del número. 4.° es menester agregar:

Contra la persona á quien se dirige la ejecución.

Despues del artículo 422 es necesaria otra disposición con la numeración de

ART. 422, bis. Si buscado el deudor en su casa ó residencia, en tres distintos días y horas hábiles, para ser

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

requerido de pago con el mandamiento, no fuere habido, el ministro de fe le dejará cédula para que esté en su casa el día y hora que al efecto le señalará, y no encontrándolo ejecutará el mandamiento procediendo al embargo en la formadispuesta en los artículos 424 y siguientes.

ART. 439. El término para deducir oposición se cuenta actualmente desde la citación de remate, que se hace acto continuo de la traba ó embargo. Pero el artículo 439 computa el término desde el día del requerimiento de pago, que puede ser el mismo día del embargo ó anterior á éste.

Se habrá suprimido la citación de remate; y desde el día del requerimiento, háyase ó nó hecho el embargo, correrá el término fatal para deducir la oposición.

Con todo, conviene agregar al final del inciso 1.° del artículo la frase

aunque el requerimiento se haya hecho por cédula y sin necesidad de que al deudor se le notifique el embargo, en caso de no haberlo presenciado.

ART. 446. Los autos ejecutivos deben quedar *en la oficina*, á disposición de las partes, para ser examinados.

Por eso al artículo se agregará esa explicación que le falta:

Agregadas las pruebas, quedarán los autos *en la oficina* á disposición de las partes *para ser examinados*, durante seis días. . . .

ART. 447. Al final del inciso 2.° se agregará:

sin necesidad de más citación para sentencia.

ART. 450. Dice el artículo:

"Si el ejecutado no dedujere oposición *legal*. . .

Debe suprimirse esta palabra, porque en el artículo 443 ya se habló de oposición legal, ó sea, de la admisibilidad ó nó de las excepciones alegadas.

Juzgo que el artículo 450 ha querido hablar del caso en que no se hace oposición alguna.

Para salvar toda duda se redactaría así:

Si el ejecutado no dedujere oposición ó no fuere legal la deducida, se pronunciará. . . .

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 454. Sea apelante el acreedor ó deudor, este artículo suprime en absoluto la expresión de agravios.

Creemos mejor la práctica actual,—hay expresión de agravios sólo de parte del acreedor apelante.—La causa en segunda instancia se tramita en este caso como definitiva.

Pero según el artículo 454, en todo caso debe tramitarse como artículo.

Y si acreedor y deudor son apelantes, ¿cómo se tramitaría? Como definitiva, con expresión de agravios de parte del acreedor y con la respuesta del deudor se piden autos.

El artículo 454 quedaria así:

En la apelación del juicio ejecutivo no hay lugar al trámite de la expresión de agravios, *sino de parte del acreedor apelante.*

ART. 469. Según este artículo, el remate con señalamiento de día y hora deberá anunciarse durante ocho ó veinte días, según los bienes, tanto en el lugar del juicio como en el otro departamento en que los bienes estuvieren situados, por periódicos ó por carteles.

Raro será que los ocho ó veinte días puedan correr desde la misma fecha en ambos lugares, y para proceder al remate habrá que esperar que se venzan los plazos respecto del otro departamento y que vuelvan los antecedentes.

Sería mejor señalar un día fijo que diste, no menos de diez días, si se trata de muebles, y de veinte días, si se trata de bienes raíces, desde la fecha del decreto, practicándose dentro de esos términos los avisos en el lugar del juicio y en el departamento de la ubicación de los bienes.

El artículo quedaría en esta forma:

El remate, con señalamiento de día y hora en que debe tener lugar, se anunciará por avisos en uno ó dos periódicos *si los hay* del departamento, y *por carteles* que se fijarán en el oficio del secretario durante ocho días tratándose de bienes muebles y durante veinte días si fueren raíces.

Si los bienes estuvieren en otro departamento, igual anuncio se hará durante los referidos términos, que po-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

drán ampliarse con el emplazamiento que corresponda á dicho departamento.

Otro inciso:

El señalamiento de día para el remate se hará para uno de los tres subsiguientes al vencimiento respectivo de los referidos términos.

ART. 474. El número 2 de este artículo dice que se pondrá en remate por *tercera* vez *por el precio que el tribunal designe.*

¿Será con reducción prudencial como en el caso del número 2.º del artículo anterior? Y ¿cuánta reducción? Ó será sin fijación de *mínimum* como en caso de concurso, según el artículo 544?

Podría agregarse al número 2.º:

Y se pondrá en remate por tercera vez por el precio que el tribunal designe, *pudiendo reducirlo en una tercera parte del precio asignado en la segunda subasta.*

ART. 488. Dice el artículo:

No tiene derecho á remuneración: 1.º El depositario que sólo lo hubiere sido *de dinero.*

Pero siempre un depositario tiene alguna diligencia que hacer, como poner el dinero en un banco, ó la molestia de mantenerlo en seguridad.

Hay justicia en remunerarlo.

Quedaría bien así el número 1.º:

1.º Los bancos ó tesorerías fiscales por depósitos de dinero.

JOSÉ RAVEST

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

¿HAY ACCIÓN RESOLUTORIA EN UNA PARTICIÓN de bienes por falta de pago del precio de adjudicación? (1)

En un artículo de la REVISTA del número 2.º de este año se hace relación de un fallo pronunciado por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones en que se establece que no hay acción resolutoria contra el partícipe á quien se adjudica un lote ó hijuela en una partición y que no paga el precio de la adjudicación.

El ilustrado autor del artículo manifiesta que sólo un fallo ha encontrado á este respecto y concluye adhiriendo al voto dado por uno de los señores ministros que disintió de la mayoría del Tribunal.

Nos permitimos citar otra sentencia en que se trató del mismo asunto y en que se abrió paso una tercera doctrina, á saber: que cabe la acción resolutoria en el caso contemplado cuando el partícipe obtiene en licitación la cosa adjudicada.

La sentencia que recordamos es de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones y aparece firmada por los señores Silva, Lastarria, Ábalos, Barceló, Alfonso, Errázuriz y Sanhueza. (*Gaceta* de 1884, sentencia núm. 72.)

Estimamos de interés la cuestión de que se trata, y por esto vamos á copiar algunos de los considerandos que sirvieron de apoyo á cada una de las tres opiniones en que se dividió el Tribunal.

***

Cuatro ministros, los señores Lastarria, Ábalos, Errázuriz y Sanhueza, confirmaron la sentencia de primera instancia del juez señor Casanueva, que no había dado lugar á la acción re-

(1) Este artículo no se insertó en el número anterior por exceso de material. Acerca de su objeto, recomendamos un estudio publicado por nuestro colega don Ricardo Reyes Solar, en los *Anales de la Universidad* de 1887.—*(N. del D.)*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

solutoria; y los tres últimos agregaron especialmente estos considerandos:

"1.° Que la acción deducida por el demandante es la que confiere el artículo 1,873 del Código Civil al vendedor para pedir la resolución del contrato, cuando el comprador se ha constituído en mora de pagar el precio;

"2.° Que doña N. N. adquirió el dominio de la casa y sitio, no por medio del contrato de compra-venta, sino por adjudicación en el juicio divisorio con los demandantes;

"3.° Que, aunque éstos invocan el precepto del artículo 1,348, éste únicamente preceptúa que las particiones se *anulan* ó *rescinden* de la misma manera y según las mismas reglas de los contratos; y ni esa disposición ni ninguna otra manda aplicar á los juicios divisorios las que rigen para la *resolución* de aquéllos;

"4.° Que el Código Civil trata con toda claridad y precisión y con la debida separación de estos dos distintos modos de extinguirse las obligaciones: la nulidad y rescisión y la resolución (títulos 4.°, 14 y 20 del libro 4.°), empleando la palabra rescisión en su sentido propio de *anular* ó *invalidar* algún contrato; y la palabra resolución en el sentido de *deshacer algún acto ó contrato* válido y que quedaría sin efecto por no haberse cumplido la condición estipulada por los contratantes ó suplida por la ley;

"5.° Que siendo clara la disposición del artículo 1,348, citado, que prescribe que las particiones se anulan ó rescinden como los contratos, según el artículo 19, no debe desatenderse su tenor literal á pretexto de consultar su espíritu, á fin de extender sus disposiciones á las condiciones resolutorias;

"6.° Que, aún atendiendo á su espíritu, siendo las particiones verdaderos litigios, á los cuales ponen término las sentencias ejecutorias, no era lógico dejar pendientes sus efectos de condiciones resolutorias, por más que esas sentencias, como las que se pronuncian en los juicios ordinarios, puedan tener por base la confesión ó acuerdo de las partes. Por esta razón, sin duda, el Código Civil ha limitado los medios de atacar esos actos á la nulidad y rescisión, que se fundan por lo general en las mismas causales por que son atacables las sentencias en los juicios ordinarios..."

El ministro señor Alfonso, opinando por la revocatoria, declaró haber lugar á la acción resolutoria, apoyado más ó menos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en los mismos fundamentos del voto emitido en la sentencia de que se hace mención en el artículo del señor Vera.

Por último, los señores ministros Silva y Barceló opinaron también por la revocación; pero nó porque en todo caso fuera procedente la acción resolutoria contra el partícipe que no pagase el precio de la ádjudicación, sino porque, en el juicio de que se trataba, el heredero había adquirido en licitación la cosa adjudicada.

El siguiente fué el voto especial que emitieron dichos señores ministros:

"Como la demanda tiene por objeto que se declare resuelto el acto en virtud del cual doña N. N. adquirió la propiedad exclusiva de la casa que poseía en común con los demandantes; y como esa adquisición se efectuó, á juicio de los infrascritos, nó por un acto de partición, sino por compra en subasta pública, la cuestión que se ventila en el presente juicio no versa sobre resolución de una partición, sino simplemente sobre resolución de un contrato.

. . . . . .

"La ley no subordina las particiones á ninguna condición resolutoria especial y no les son aplicables las disposiciones del artículo 1,489, que supone envuelta en los contratos bilaterales la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, ni la del artículo 1,873, en virtud de la cual se resuelve el contrato de venta. Menos puede suponerse que, al establecer el artículo 1,353 que "el partícipe " que no quisiere ó no pudiere intentar la nulidad ó rescisión, conser- " vará los otros recursos legales que para ser indemnizado le corresponden", se entienda comprendida en esta disposición alguna de las condiciones resolutorias antes indicadas, porque éstas, en conformidad con las disposiciones que las establecen y conforme á lo dispuesto por el artículo 1,487, no tienen por objeto demandar las indemnizaciones á que el artículo 1,353 se refiere... No son aplicables á las adjudicaciones en partición las condiciones resolutorias que se mencionan en los citados artículos 1,489 y 1,873, porque el artículo 1,344 dispone que "cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber " tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión". La disposición antes transcrita establece claramente la ficción de que cada asignatario ha adquirido directamente del difunto y de un modo exclusivo, sin relación alguna á los otros coparticipes en la sucesión, los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

efectos que se le adjudican; luego no puede suponerse, sin contravenir á lo expresamente preceptuado por la ley, que la adquisición de esos efectos se haya hecho en virtud de algún contrato celebrado entre los coasignatarios.

. . . . . .

"Sentada la doctrina que, á juicio de los infrascritos, consigna la ley respecto de las particiones en el punto en cuestión, creen, sin embargo, que ella no es aplicable al litigio actual, porque juzgan que la señora N. ha adquirido la propiedad, nó por un acto de partición, sino por compra en licitación.

"La licitación, como cualquiera otro contrato tendente á convertir la cosa que no puede dividirse en otra, cuya división pueda efectuarse, no son la partición misma, sino procedimientos destinados á facilitar la, los cuales se rigen por las reglas establecidas para cada uno de ellos. Por esto es que la regla primera del artículo 1,337, al establecer la licitación, dispone que en tal caso sea el precio el que se divide á prorrata entre todos los coasignatarios. Los contratos celebrados por uno ó más copartícipes ó por todos ellos con extraños sobre la cosa común, producen entre los contratantes los derechos y obligaciones propios del contrato celebrado; por consiguiente, si los dueños de una cosa común la venden unidamente á un extraño, se establecerán entre aquellos y éste las relaciones de vendedor y comprador, y la resolución de tal venta traería el efecto de restituir á los primeros á la comunidad primitiva. La ley no hace diferencia alguna para el caso en que los contratos de que antes se ha hecho mención se celebran por los comuneros entre sí, y deben, por tanto, estar subordinados á los mismos principios legales. . . .

"Y no puede ser de otro modo, porque el copartícipe que enajena su cuota se separa de la comunidad, y si todos venden sus cuotas á un extraño ó si todas las cuotas se reúnen en uno solo de los copartícipes, cesa para todos la indivisión de la cosa común, no por partición sino en virtud de un contrato de venta."

***

No vemos la razón de la diferencia que con esta última opinión se quiere hacer, según que la adjudicación se verifique en la licitación ó sin ella. En ambos casos existe una adjudicación; y la situación legal del heredero es una misma, desde que se le reputa haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Sea que la adjudicación tenga lugar fuera de remate y por un simple acuerdo de los herederos, sea que haya habido licitación entre ellos, sea que la licitación se haya efectuado con admisión de licitadores extraños, sucederá que, según el voto aludido, "las cuotas se reúnen en uno solo de los copartícipes, cesando para todos la indivisión de la cosa común" y la misma responsabilidad cabe al adjudicatario en favor de sus coherederos por el precio de la cosa adjudicada.

Por lo que hace á las otras dos opiniones sustentadas en la sentencia que hemos recordado, adherimos á la primera, esto es, á la que niega lugar á la acción resolutoria, por no admitirla el Código Civil, tratándose de los actos de partición. Las particiones se anulan ó rescinden,—no se resuelven, que es cosa distinta,—de la misma manera que los contratos, según lo dispone el artículo 1,348. Y los recursos legales que el partícipe conserva para ser indemnizado, en conformidad del artículo 1,353, pueden ser, por ejemplo, el de demandar ejecutivamente al adjudicatario qne no ha pagado el precio ó saldo que resulte en su contra; el ejercitar la acción hipotecaria sobre la finca ó predio adjudicado,—tratándose de un bien raíz,—pues generalmente se estipula en los juicios de partición que quede gravado con hipoteca el predio dado en adjudicación á favor de uno ó todos los demás copartícipes por el precio ó saldo que resulte contra el adjudicatario; el hacer efectiva la responsabilidad del juez partidor, en conformidad al artículo 1,329; el de entablar los recursos de apelación y de nulidad, si son procedentes, etc.; pero no puede considerarse comprendida entre esos *recursos de indemnización* la acción resolutoria que tiene cabida en los contratos bilaterales y especialmente en el de compra venta por la mora del comprador de pagar el precio en el lugar y tiempo estipulados.

FORTUNATO VENEGAS

Santiago, julio de 1888.

N. B.—Cuando escribíamos lo anterior, no habíamos tenido conocimiento de la opinión del distinguido y malogrado profesor señor Cood sobre la materia, y que in-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

serta el señor Amunátegui Reyes en su precioso artículo biográfico (pág. 126 del tomo IV de la REVISTA.)

Las razones que da el señor Cood para creer que no hay acción resolutoria por falta de pago del alcance hereditario son concluyentes y no dejan lugar á duda alguna. —F. V.

¿TIENE MÉRITO EJECUTIVO LA CONFESIÓN FICTA ó presunta, esto es, la que la ley da por hecha en pena de no comparecer el demandado á prestarla? (1)

En el número de la REVISTA correspondiente al 1.º de este mes hemos leído un artículo en que se desarrolla el tema que encabeza estas líneas.

Su ilustrado autor sostiene que la confesión presunta no trae aparejada ejecución. Con este motivo censura una sentencia confirmada por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones que desechó en un juicio ejecutivo la excepción de insuficiencia ó falta del título, habiéndola fundado el deudor en que no era tal la confesión ó reconocimiento declarados por el juez en su rebeldía.

Aceptando la invitación que se hace á los lectores de la REVISTA para dilucidar este asunto, nos permitimos decir algo sobre el tema propuesto y disentir de la opinión sustentada en el artículo de que hemos hecho referencia.

***

Nos ha llamado tanto más la atención ese artículo cuanto que la doctrina que establece su autor es contraria á la enseñanza dada por el malogrado señor Lira en el *Prontuario de los Juicios.*

En el párrafo 480 del tomo I de este libro, segunda edición, se dice: "*El reconocimiento de la firma* tiene lugar, por regla general, siempre que se quiere ejecutar con un instrumento privado, cuya autenticidad no está reconocida. Para que tenga lugar, la parte que lo necesita ocurre con el instrumento

(1) Este artículo de nuestro distinguido y constante colaborador, señor Venegas, no pudo aparecer oportunamente por exceso de material.—*(N. del D).*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que ha de reconocerse ante el juez competente solicitando se cite al deudor para que comparezca á la presencia judicial á prestar ese reconocimiento bajo juramento y ordinariamente con el apercibimiento de dar por reconocida la firma en su rebeldía.»

En el párrafo 481, se agrega: «La *confesión* de la deuda que puede exigir cualquier acreedor, pero que ordinariamente sólo piden aquellos que no tienen otro título ejecutivo de que valerse, se sujeta á las mismas reglas que el reconocimiento de la firma.»

Por consiguiente, según el autor citado, es legal el apercibimiento que se pide de darse por confesada la deuda, si el deudor no comparece á prestar la confesión.

Esta es también la práctica que hemos visto observar siempre sobre la materia.

***

Es efectivo que Tapia, Hevia Bolaños y Escriche, siguiendo al primero, establecen la doctrina de que no trae aparejada ejecución la confesión presunta, que es la que el Derecho estima hecha por no declarar el deudor ó no declarar conforme se debe. Pero el antecedente que alegan para formar esa opinión no es otro que la ley 4.ª, título 28, libro 11 de la Novísima Recopilación, que dice. . . «por ende ordenamos y mandamos que de aquí adelante los conocimientos reconocidos por las partes ante el juez que manda executar ó las confesiones claras fechas ante juez competente, traigan aparejada execución.»

De que la ley habla de *confesiones claras* se deduce que no tiene mérito ejecutivo la confesión presunta ó tácita hecha en rebeldía del deudor «por no ser clara ni precisa una confesión que no se ha hecho y que solamente se considera tal por mera ficción.»

Puede, no obstante, considerarse llenado el mandato de la ley si son claros y precisos los términos en que el ejecutante establece la existencia de la deuda y al tenor de los cuales solicita la confesión ó el reconocimiento de ella.

Pero, sea lo que fuere, es lo cierto que las mismas leyes de la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Novísima y de Partidas que se mencionan establecen la facultad de apercibir al deudor para que comparezca á confesar la deuda, so pena de tenerlo por confeso.

La ley 1.ª, título 9.º, libro 11 de la Novísima Recopilación, dispone: "Mandamos que cada una de las partes responda á las preguntas. . . ó si después que le fuese mandado por el juez, que responda, por contumacia se ausenta; que en todas aquellas cosas que en las posiciones se contienen, sobre que no respondió, y le fué mandado, que sea habido por confeso. . ."

La ley 3.ª título 13, Partida 3.ª, entre otras cosas ordena: "otrosí decimos: que seyendo alguno preguntado del judgador sobre cosa que pertenezca al pleyto, si fuese rebelde, non queriendo responder á la pregunta; que tanto le empece aquella rebeldía de non querer responder, como si otorgasse aquella cosa, sobre que le preguntaron."

Debemos advertir que los tratadistas mencionados sientan su opinión, nó como general y dominante, sino como doctrina personal, pues confiesan que otros piensan lo contrario; y esto significa que bajo el imperio de las leyes españolas no había una doctrina clara y común sobre el particular. Así, Hevia Bolaños en su *Curia Filipica*, después de dejar establecido que la confesión ficta no trae aparejada ejecución, según la ley 4.ª, título 28, libro 11 de la Novísima Recopilación, ya citada, agrega: "por la cual así lo resuelve Paz, *contra otros que tienen lo contrario.*"

***

Pero, en nuestra humilde manera de ver, consideramos ociosa la aplicación de las leyes de Partidas y de la Novísima, comoquiera que el caso contemplado debe regirse únicamente por el decreto supremo con fuerza de ley de 8 de febrero de 1837 y desde que esta ley, en su artículo 150, dispuso que quedaban derogadas todas las anteriores relativas al juicio ejecutivo, concurso de acreedores, cesión de bienes y esperas.

Los artículos 2.º y 10 de la ley de 8 de febrero de 1837 deben aplicarse al caso de que se trata; y en virtud de lo dispuesto en ellos creemos que la confesión presunta ó tácita, esto es, la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que se da por hecha en rebeldía del deudor, tiene mérito ejecutivo.

El número tercero del artículo 2.º dice que trae aparejada ejecución la confesión judicial de la parte; y el artículo 10 ordena lo siguiente: "Si se hubiere de preparar la vía ejecutiva por la confesión judicial ó el reconocimiento de la firma del deudor en documento, sin que este requisito no sea ejecutivo, se pedirá por escrito ante el mismo juez que practique la que corresponda de estas diligencias y se hará comparecer al deudor para que responda ó reconozca."

La ley vigente da, pues, derecho para exigir al deudor que comparezca á responder ó reconocer la deuda ó firma á fin de preparar la acción ejecutiva; y ¿qué aplicación ó fin práctico tendría este derecho, si no va acompañado de la sanción de darse por prestada la confesión y reconocida la firma en rebeldía, en conformidad á las leyes generales sobre la materia?

Aceptar que no trae aparejada ejecución la confesión que se tiene por hecha en rebeldía del deudor, sería facilitar á éste los medios de no cumplir la ley y de burlar á su acreedor. Si la citación para comparecer á confesar la deuda no trae consigo la sanción apuntada, se comprende perfectamente que jamás comparecería el deudor á practicar esa diligencia. Por más citaciones que se le hiciera, quedaría el deudor tranquilo en la seguridad de que por su contumacia y rebeldía no se daría por confesada la deuda, ni se despacharía en su contra mandamiento de embargo; y esto sería manifiestamente inmoral.

Las diligencias de citación al deudor son permitidas por la ley para preparar la vía ejecutiva; si el deudor no comparece á confesar la deuda, entonces en rebeldía se tiene por hecha la confesión y ésta sirve de título para iniciar la ejecución.

No puede, pues, decirse, como se sostiene en el artículo que ha motivado estas líneas, que en el juicio que allí se menciona se inició el procedimiento ejecutivo sin título de ninguna clase.

La exposición del acreedor hecha al juez para hacer comparecer al deudor á confesar la deuda es un medio otorgado por el artículo 10, antes citado, para *preparar la vía ejecutiva*. El título viene á ser la confesión expresa ó tácita del deudor.

Según es sabido y lo enseña el mismo Escriche, la confesión

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

judicial puede ser expresa ó tácita; y al establecer el número tercero del artículo 2.º de la ley de 8 de febrero de 1837, que trae aparejada ejecución la confesión judicial de la parte, no excluyó la confesión tácita ó presunta: sino que, al contrario, por el artículo 10 fijó reglas para obligar al deudor á comparecer con tal objeto, preparándose de esta manera la acción ejecutiva.

Por último, ningún gravamen se infiere al deudor, ni es ocasionado á sorpresas el procedimiento de dar mérito ejecutivo á la confesión ficta ó tácita. ¿No se le cita con oportunidad para que comparezca á confesar la deuda bajo apercibimiento de tenérsele por confeso? Luego, con su rebeldía y cuando no es ésta justificada, debe darse por confesada la deuda, puesto que le sería muy fácil al deudor comparecer y negarla, si ella no fuese efectiva.

***

Este procedimiento está indicado de una manera más clara y terminante, si se quiere, en el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil, aprobado por la Comisión Revisora.

Después de decirse en el número 5.º del artículo 416 de este Proyecto, que trae aparejada ejecución la confesión judicial, establece el artículo 417: "Si en caso de no tener el acreedor título ejecutivo, quisiese preparar la ejecución por el reconocimiento de firma ó por la confesión de la deuda, podrá pedir que se cite al deudor á la presencia judicial, á fin de que practique la que corresponda de estas diligencias. Y si el citado no compareciere, ó sólo diere respuestas evasivas, *se tendrá por reconocida la firma ó por confesada la deuda.*"

***

Se observa, además, que en el juicio sentenciado por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones, el ejecutante exhibió durante el encargado un documento suscrito por el ejecutado, con relación á la misma deuda y que no traía aparejada ejecución. Aceptando el procedimiento de la Corte, sucedería, se dice, que el acreedor no estaría obligado á exhibir el documento

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

para iniciar la ejecución, en caso de existir documento; y aunque éste no tuviese ese mérito ejecutivo, aquélla podría iniciarse, bastando simplemente pedir la confesión de la deuda. Además de burlarse la ley de esta manera, se anularían los efectos del vicio de origen de los documentos que se otorgan en contravención á las leyes de papel sellado y de impuesto mobiliario, resultando por todo el contrasentido de que, á pesar de que el documento en que está consignada la obligación no puede tener mérito ejecutivo, es susceptible, no obstante, de perseguirse ejecutivamente la dicha obligación.

No conocemos los pormenores del juicio de que se trata; así es que, sin referirnos á ese caso concreto, tendremos que hablar en términos generales de las observaciones que dejamos apuntadas.

¿Puede iniciar la ejecución el acreedor que tiene á su favor un documento, sin necesidad de exhibirlo y valiéndose del recurso de pedir la comparecencia del deudor con el fin de confesar la deuda?

En términos generales nos parece que debe contestarse afirmativamente á esta pregunta, en el sentido de que el acreedor puede preparar la vía ejecutiva con ese procedimiento; y si bien es cierto que de ordinario sólo lo emplean los que no tienen otro título ejecutivo de que valerse, no obstante, no vemos razón para creer que sea prohibido al acreedor que tiene documento, preparar la acción ejecutiva con la confesión judicial, por ser tan amplia la disposición contenida en el artículo 10 de la ley de 8 de febrero, varias veces citada.

No vemos que sea un contrasentido el que se prepare la ejecución ó se lleve á efecto con la confesión expresa ó presunta del deudor, no obstante de existir documento en que conste la obligación y de no tener mérito ejecutivo.

La paralogización en que se encuentra el autor del artículo á que contestamos, si tiene á bien perdonarnos esa expresión, depende, á nuestro juicio, de confundirse los títulos que traen aparejada ejecución.

La demanda ejecutiva, según el artículo 2.º de la ley del juicio ejecutivo, puede iniciarse, entre otros títulos, por la confesión judicial de la parte, por instrumento público ó auténtico

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y por cartas, vales, contratos y papeles reconocidos por la parte contra quien se dirige la ejecución.

El acreedor que tiene varios títulos que traen aparejada ejecución, podrá elegir á su arbitrio cualquiera de ellos; si opta por preparar el juicio por la confesión judicial, no tiene para qué valerse de los documentos en que conste y que acrediten la obligación.

En la causa fallada por la Corte, el título con que se inició la demanda ejecutiva no fué el documento que tenía el acreedor, sino la confesión ficta ó tácita del deudor; y la única excepción deducida fué la insuficiencia ó falta de título, por no considerarse tal esa confesión.

La sanción de no tener mérito ejecutivo un documento por no estar revestido de las solemnidades legales ó por no haber cubierto el impuesto de papel sellado y contribución mobiliaria, es sólo para el caso en que el acreedor se presente demandando ejecutivamente con dicho documento.

Supongamos, nó ya el caso de confesión ficta ó presunta, sino el de confesión expresa de la deuda ¿podría decirse que el acreedor no tenía derecho de demandar ejecutivamente con ese título porque había documento en que estaba consignada la obligación y ese documento no tenía mérito ejecutivo? De ninguna manera, pues, como ya hemos dicho, son diversos títulos para iniciar una ejecución.

No hay tampoco por qué alarmarse en orden á que con el procedimiento de dar mérito ejecutivo á la confesión tácita de que nos venimos ocupando, se anularían los efectos del vicio de origen de los documentos que se otorgan en contravención á las leyes de papel sellado y de contribución mobiliaria. Igual peligro entrañaría también el iniciarse la ejecución por la confesión expresa del deudor. En una y otra situación se considera como que no existe documento, desde que el acreedor no lo exhibe y se atiene á la conciencia y buena voluntad del deudor; y la sanción que establecen las expresadas leyes es sólo para el caso en que se presente en juicio el documento.

Finalmente, lo que sucede de ordinario es que el acreedor, si tiene documento, no se vale de la confesión judicial, medio muchas veces ineficaz y de resultados inciertos, sino que prin-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cipia con exhibir el documento en que está consignada la obligación.

Iniciado, al contrario, el procedimiento ejecutivo con la confesión expresa ó presunta, en caso de existir documento, habría el derecho de pedir que se exhibiera y cancelara; y entonces sería ocasión de aplicar la multa correspondiente, si se hubiere otorgado en contravención á las leyes de papel sellado y contribución mobiliaria.

FORTUNATO VENEGAS

Santiago, 10 de julio de 1888.

¿PUEDE UN ACREEDOR IMPEDIR QUE OTRO acreedor se pague con bienes del deudor común, que ha embargado con antelación y sin alegarse preferencia alguna por el segundo ejecutante?

I

El artículo 71 de la ley que regla el procedimiento ejecutivo, que lleva fecha 8 de febrero de 1837, dispone lo siguiente:

"La oposición de tercero al juicio ejecutivo sólo se admitirá si por ella se pretendiere dominio en los bienes ejecutados, ó derecho para cubrirse con ellos preferentemente:"

Sabemos también que la ley llama tercería la acción ó reclamo deducido en juicio por una tercera persona distinta del ejecutante y ejecutado.

Tampoco debemos olvidar que hay dos clases de tercerías, que se denominan *de dominio y de prelación.* La primera existe cuando el tercero pretende dominio sobre los bienes embargados, y la segunda cuando sólo y exclusivamente se pretende derecho preferente por el tercero para pagarse con el producido de los bienes que se han embargado y que se trata de realizar.

El artículo 2,465 del Código Civil dice así: "Toda obligación personal da al acreedor derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces ó muebles del deudor, sean presentes ó

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1,618.»

Ahora bien, en presencia de las dos disposiciones legales que dejamos copiadas, surge una dificultad, y ella es la de saber si la disposición del Código Civil, que es de fecha posterior, ha derogado ó nó el precepto del artículo 71 de la ley de 8 de febrero de 1837.

El artículo 2,465 antes copiado, se encuentra en el título relativo á la *prelación de créditos* y sólo es aplicable en los casos de concursos ó quiebras, y el de la ley del año 37 es disposición general en un juicio especial, que la ley llama ejecutivo.

Esta última es, pues, una *ley de procedimiento* y por lo tanto, el artículo del Código Civil, á nuestro juicio, no ha derogado el 71 del juicio ejecutivo. Aquel rige casos especiales y éste los generales, cuando no se alegan ó no existen causas de preferencia, como sucede cuando sólo existen acreedores comunes ó valistas, como se dice vulgarmente.

II

Dados estos antecedentes jurídicos, podemos abordar la cuestión enunciada al principio. Un ejemplo nos hará ver las cosas con mayor claridad.

Pedro, acreedor valista, ejecuta á Juan y le embarga una cantidad de dinero producto de los bienes del deudor. Este dinero está retenido en un banco á la orden judicial, pero por supuesto ya embargado, como lo dejamos establecido.

Diego es también acreedor valista de Juan y obtiene á su vez mandamiento de embargo después que Pedro ya ha embargado. Diego hace á su turno efectivo su mandamiento en el mismo dinero que ha embargado Pedro, y el juez accede á esto con citación de Pedro.

En este estado las cosas, ¿qué hará el primer ejecutante?

Á primera vista parece que lo natural es que Pedro pida la suspensión del decreto que da lugar al segundo embargo que es el de Diego, por estar ese dinero embargado y no poder existir dos embargos á la vez sobre una misma cosa y también

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

porque el juicio ejecutivo no admite otros recursos contra los bienes embargados que la tercería de dominio ó de prelación.

Mas Diego, si esto sucede, dirá que no reclama dominio ni preferencia y concluirá asegurando que no hay ley que le prohiba embargar lo que ya está embargado y que por eso usa de un derecho perfecto, y concluirá afirmando que la ley no reconoce como causa de preferencia un embargo hecho de antemano.

¿Qué se resolvería en este caso especial? ¿se alzaría ó nó el segundo embargo ó podría Diego pagarse con lo embargado por Pedro á prorrata con él?

Desde luego, si hubiese sobrante no hay cuestión alguna, porque Diego puede pagarse con lo que alcance. Igualmente, si hay acreedores con título preferente ó si existen créditos privilegiados con hipoteca ó prenda, la cuestión no es cuestión porque la ley es clara al proteger á todos estos acreedores.

Tampoco se le puede formar concurso á Juan, porque no existen más que dos acreedores y la ley exije para ello más de dos, y ya sabemos que en el caso de concurso habría sentencia de grados que determinase la manera de pagarse los acreedores y que en el caso especial de que nos ocupamos, por no haber créditos preferentes, todos se pagarían á prorrata, después de cubiertos los gastos que origina el concurso.

En fin, estamos en presencia de una dificultad, y es preciso resolverla de alguna manera.

Vamos, entonces, á copiar un fallo que hace á la cuestión, y para que se comprenda mejor, hé aquí los antecedentes de él.

Don Andrés Jouve seguía juicio ejecutivo contra don Víctor Bonnemain, y pidió que se trabara embargo en una cantidad de dinero del deudor que estaba depositada en el Banco de Valparaíso y sobre la cual de antemano existía embargo trabado por don Jeremías Bonnaud en juicio también ejecutivo que éste seguía contra Bonnemain.

El juez de primera instancia, por auto de 22 de octubre de 1883, accedió á la traba pedida por Jouve, con citación de Bonnaud.

Se pidió entonces suspensión de los efectos de ese auto, y oído Jouve, se falló lo siguiente:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

«Valparaíso, 29 de noviembre de 1883.—Vistos: teniendo presente lo dispuesto en el artículo 2,465 del Código Civil, y que, mientras los bienes del deudor no están adjudicados en pago á un acreedor, dichos bienes se consideran pertenecer al mismo deudor, pudiendo otros acreedores aunque no haya concurso, hacerlos embargar persiguiendo su ejecución para pagarse con ellos, sin perjuicio de las preferencias que correspondan á los primeros ejecutantes;

«Que en la ejecución que prosigue contra don Víctor Bonnemain don Jeremías Bonnaud, no existe ninguna causa de preferencia á favor del crédito de éste contra el de don Andrés Jouve, que separadamente sigue otra ejecución;

«Que el citado artículo 2,465 del Código Civil, que establece literalmente que «toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre *todos* los bienes del deudor, sean presentes o futuros,» contiene disposiciones contrarias y es de vigencia posterior el artículo 71 de la ley de 8 de febrero de 1837, sóbre la facultad de los acreedores para ejecutar aun los bienes que han sido ya embargados por otro, con tal que dichos bienes pertenezcan al deudor.

«Conforme á lo dispuesto en el artículo final del Código Civil, y tomando en consideración lo expuesto en el escrito que precede, no há lugar á la revocatoria del decreto de 22 de octubre último corriente á fojas 13 vuelta.

«Se concede la apelación interpuesta por el escrito de fojas 14, y elévense los autos con citación y emplazamiento.—I. URRUTIA.—*Lemus*, secretario.»

El señor Bonnemain apeló de este fallo, y la Primera Sala de la Corte de Apelaciones, con fecha 14 de julio de 1884, resolvió lo siguiente:

«Vistos: teniendo presente: 1.° Que después de trabado embargo por don Jeremías Bonnaud en la cantidad depositada en un banco, perteneciente al deudor, se ha presentado don Andrés Jouve solicitando el embargo de la misma cantidad;

«2.° Que según lo dispuesto en el artículo 71 de la ley de 8 de febrero de 1837, la oposición de un tercero al juicio ejecutivo sólo se admitirá si por ella se pretendiese dominio en los bienes ejecutados ó derecho para cubrirse con ellos preferentemente; y

«3.° Que no pretendiendo Jouve dominio ó el derecho para ser pagado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

con preferencia á Bonnaud, su petición es sólo procedente en cuanto no perjudica al derecho de este último; se confirma el auto apelado de 22 de octubre de 1883 corriente á fojas 13 vuelta, *con declaración de que el embargo trabado á solicitud de Jouve, sólo puede hacerse efectivo en lo que exceda después de satisfecho el crédito de Bonnaud.*—Devuélvanse. Acordada con el voto de los ministros Alfonso y Vergara Donoso, disintiendo el señor ministro Vial Recabarren, que estuvo por la confirmación á virtud de las razones que consigna en su voto especial».

Á pesar de ser esta sentencia muy importante, no se publicó en la *Gaceta de los Tribunales*; pero en los diarios se dió cuenta de ella, pudiendo así aprovecharla para el estudio de esta cuestión.

En aquel entonces muchos abogados de nota comentaron este fallo, diciendo que él envolvía una jurisprudencia contraria á Derecho, ya que disponiendo la ley que cuando hay más de dos opositores que pretendan ser pagados con los bienes de un deudor, esos bienes deben destinarse á solucionar todos los créditos á prorrata, con arreglo al grado de preferencia que les corresponda.

Mas, los que así argumentan se olvidan que en ese caso no había más que dos acreedores y que por eso no se podía formar concurso.

El fallo de la Corte no crea, pues, una causa de preferencia, como se dijo entonces. Basta contemplar que el segundo acreedor debió perseguir el resto de los bienes de su deudor.

El artículo 2,465 del Código Civil no establece tampoco el derecho de prorrateo, sino el de perseguir todos los bienes embargados de un deudor.

Nadie puede aprovecharse de los esfuerzos de un tercero, como lo es el primero que embargó, y es aplicable á este caso el principio que consagra la regla 17, título 34, Part. 3.ª de que *nadie debe enriquecerse torticeramente en daño de tercero.*

El segundo acreedor ha debido darse la molestia de perseguir ó buscar otros bienes de su deudor, y si no los tenía, ha debido procurarse otro crédito para formarle concurso, y en tal caso sería procedente el prorrateo.

Sin hacer esto, creemos que no es justo aprovechar el trabajo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ajeno y dejar al primer embargante con sus gastos y burlado en su derecho.

Creemos también que el fallo de la Corte es arreglado á la ley y á los principios generales de legislación, que deben ser consultados en todo caso.

La cuestión queda entonces resuelta, y establecido el derecho preferente del que embarga primero para pagarse con esos bienes, siempre que no exista concurso ni haya acreedores con título privilegiado.

ROBUSTIANO VERA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

BIOGRAFÍAS DE ABOGADOS NOTABLES

DON ENRIQUE COOD

(Conclusión)

En efecto, la controversia á que éste dió origen, versó casi únicamente sobre la redacción que debía darse al Proyecto.

Ahora bien, los lectores de la REVISTA conocen ya la opinión que don Enrique Cood se formó de este proyecto, que fué aprobado con un solo voto en contra en el Senado y que vino á poner término á un debate en que, como me lo hacía notar el mismo señor Cood, se habían hecho oír las voces autorizadas de antiguos magistrados, de reputados profesores y de distinguidos hombres públicos que más de una vez habían desempeñado el cargo de ministros de Estado.

La *Ley de Matrimonio Civil*, promulgada en 1884, era otro de los ejemplos que había determinado aducir don Enrique Cood para manifestar cuán difícil y delicada tarea es la de redactar buenas leyes.

Por desgracia, no tengo bien presentes todas las observaciones que el señor Cood hacía con relación á la ley citada, en cuya preparación tomaron una parte activa jurisconsultos de reconocida competencia.

No intentaré tampoco recordarlas, porque esto me obligaría á extenderme demasiado y á apartarme un tanto del objeto que me he propuesto en este estudio.

Ahora, por lo que toca á nuestro Código Civil, no se crea que don Enrique Cood llevaba su admiración hasta el extremo de considerarlo completamente intachable.

Por el contrario, no sólo reconocía ciertos descuidos en su redacción, sino que reputaba malas algunas de sus disposiciones; pero estos mismos defectos, que había logrado descubrir después de leer y releer este voluminoso cuerpo de leyes por espacio de tantos años, demostraban, á su juicio, la perfección general de la obra y la sabiduría de su ilustre autor.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Si nos propusiéramos investigar cuál es entre nosotros el libro más comentado, discutido y analizado, casi siempre por personas idóneas, me parece indudable que llegaríamos á la conclusión de que este libro no es otro que aquél que regla nuestras relaciones de familia, constituyendo nuestro estado civil; que señala los modos de adquirir y de perder las cosas que pueden tener para el hombre alguna utilidad; que da los preceptos á que deben ajustarse los testamentos y las sucesiones intestadas; que reglamenta todos nuestros contratos; y que trata, por fin, de tantas otras importantes materias, como son las contenidas en nuestro Código Civil.

Día á día sus preceptos son estudiados concienzudamente por distinguidos magistrados que buscan allí la resolución de la mayor parte de los litigios que están llamados á decidir.

Día á día, también, un considerable número de abogados se entregan al examen prolijo y atento de estas mismas disposiciones, en las cuales procuran hallar la defensa de los intereses que se les han encomendado.

Todavía más, este escudriñamiento continuo y prolongado que se practica, se puede decir, con el auxilio del microscopio, ha tenido y tiene lugar no sólo en Chile, sino en varias otras naciones hispano-americanas que han adoptado en todo ó en parte nuestro Código Civil.

Ahora bien, después de un análisis tan sostenido, tan minucioso y á las veces tan interesado, hecho por espacio de más de treinta años y por personas tan competentes, se comprende que habría sido extraordinario, ó más bien dicho imposible, que la crítica no hubiera encontrado en el Código de que hablo ciertas lagunas é imperfecciones.

Lo que verdaderamente asombra es que, mediante la larga y constante práctica á que han estado sujetas sus disposiciones, el número de defectos que se han podido observar en ellas sea relativamente insignificante.

Lo que por cierto es digno de sorpresa, es que las prescripciones contenidas en el más antiguo de nuestros Códigos no hayan necesitado hasta ahora de la más mínima aclaración por parte del Legislador.

Lo que indudablemente debe admirarnos, es que estos mismos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

preceptos no hayan experimentado en el curso de tantos años modificación de ninguna especie, salvo las que ha venido á introducir recientemente la *Ley de Matrimonio Civil*, que, como se sabe, no ha tenido por objeto enmendar errores ó llenar vacíos, sino reglamentar este importante contrato sobre bases que se han considerado más en armonía con los principios de orden público, de libertad y de tolerancia, que hoy día rigen en esta materia.

Por lo que acabo de exponer, puede verse que el tema escogido por don Enrique Cood para escribir el prefacio que debía encabezar el tomo XII de las *Obras Completas* de don Andrés Bello, se prestaba á muchas consideraciones que de seguro aquél habría podido desarrollar con grande acopio de importantes datos y con suma lucidez.

Pero mientras el señor Cood concertaba en la tranquilidad de su bufete el plan de su obra, la traidora enfermedad continuaba su lenta y mortífera labor é iba adueñándose paulatinamente de aquel vigoroso organismo que le había opuesto tanta resistencia.

El malestar que experimentaba el distinguido paciente se agravaba más y más, llegando por fin á robarle hasta los momentos que destinaba al reposo.

El sueño, ese dulce estado de insensibilidad que se asemeja un tanto á la muerte y en que el hombre, perfectamente inconciente, olvida sus preocupaciones, sus pesares, sus dolencias, se negaba con obstinación á proporcionar al enfermo una corta tregua que le permitiera reparar sus agotadas fuerzas.

En medio de estos insomnios que le mortificaban grandemente, la parálisis seguía su marcha progresiva, hasta que llegó á entorpecerle la lengua.

Por este nuevo síntoma, que apareció á mediados de diciembre de 1887, don Enrique Cood comprendió que su fin se aproximaba, y empezó con toda entereza á arreglar algunos asuntos de interés exclusivamente privado.

Hasta ese momento, su inteligencia, que había estado en continua actividad, no había experimentado el más mínimo decaimiento.

Por el contrario, parecía que la vida que se escapaba de al-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

gunos de sus miembros se iba reconcentrando poco á poco en su cerebro: tales eran la vivacidad de su ingenio y la rapidez y vigor de sus concepciones.

En enero de 1888, el señor Cood, á pesar de la torpeza de su lengua, se presentaba todavía á alegar ante los tribunales de justicia.

La última vez que le visité (veinte y tantos días antes de su muerte) fué con el objeto de sacarle de un error en que estaba.

Una violenta enfermedad acababa de arrebatar de nuestro hogar en el espacio de pocos días á un deudo para mí muy querido y que llevaba mi mismo nombre.

Equivocado el señor Cood por esta última circunstancia, me había creído muerto y con este motivo había enviado á mi padre una extensa carta de ocho pliegos escrita de su puño y letra, en que lamentaba mi fallecimiento, tributándome los más inmerecidos elogios.

En esta época, por un extraño fenómeno, el entorpecimiento de su lengua había desaparecido por completo; pero, en cambio, empezaban ya á notarse síntomas de extravío cerebral.

Don Enrique Cood discurría todavía con lucidez y recordaba con extremada precisión los sucesos de su vida, pero había cierta incoherencia en sus ideas y ya no se daba cuenta, como antes, de que el término de su carrera estaba próximo, sino que, por el contrario, se preparaba á arreglar su biblioteca para continuar sus trabajos después de vacaciones.

El señor Cood se había puesto sumamente comunicativo y locuaz.

Después de explicarme la equivocación que había padecido respecto á mi persona, me habló de que deseaba que lo ayudase en sus tareas profesionales; me enumeró los diversos juicios que defendía, explicándome las razones con que pensaba sostenerlos; me relató con numerosos detalles la participación que había tomado en el arreglo de una importante reclamación diplomática hecha por el ministro inglés con motivo del apresamiento de Mr. Hyt, capitán de un vapor británico que había naufragado en la costa de Chile; me contó algunas de sus campañas electorales, que estaban llenas de peripecias curiosísimas; me habló de la importancia de los estudios filológicos y de la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

conveniencia que había en conocer la etimología de las palabras; me comunicó cuáles eran sus creencias en materias religiosas; me manifestó lo que pensaba acerca de muchas de las personas con quienes había tenido relación en sus últimos tiempos, y discertó, por fin, sobre tantos otros asuntos, que la memoria me falta para recordarlos.

Parecía aquello una confesión general, hecha con una precipitación febril por una persona que sabe que tiene poco tiempo de qué disponer.

Esta conferencia se prolongó por espacio de más de tres horas.

Cuando traté de retirarme, me instó repetidas veces para que me llevara un ejemplar de los *Antecedentes Legislativos* y *Trabajos Preparatorios del Código Civil Chileno* y varios de sus folletos jurídicos; como si hubiera previsto que algún día yo había de ocuparme en bosquejar su laboriosa vida, que debía extinguirse para siempre el 27 de febrero de 1888.

MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI REYES.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—1. GOBIERNO PARLAMENTARIO Y SISTEMA REPRESENTATIVO, por don Julio Bañados Espinosa, un vol. de 334 págs. Imprenta Cervantes, Santiago. Con citas oportunas de Herbert Spencer, Gladstone, Depretis, Laboulaye y Gambetta, se establece implícitamente desde la primera página de este libro la serie de problemas de la ciencia política que constituyen su materia. La Introducción que sigue explica las razones que han movido á su autor á redactarlo y que aconsejan la oportunidad de su publicación. Estúdianse principalmente en él el funcionamiento y mecanismo de los llamados sistemas parlamentario y representativo, tomándose como base para el primero el ejemplo de Inglaterra, y para el segundo, el de los Estados-Unidos de Norte América. Con este motivo se tratan materias tan interesantes como las que se relacionan con los poderes públicos, el principio de autoridad (que, á juicio del autor, es debilitado por el parlamentarismo), los partidos políticos, la oposición, la libertad electoral, las incompatibilidades parlamentarias, el Individuo y el Estado, el oportunismo. Aunque discrepamos con el autor en diversos puntos, no podemos menos de reconocer que hay en su libro un mérito científico innegable: los principios están bien definidos, las aplicaciones oportunamente deducidas, los ejemplos y citas son escogidos y conducentes. De las ideas expuestas hay muchas que están *adhuc sub judice;* pero el autor es franco y lógico en su expedición y desarrollo y llega á su fin por medios que aplaudimos y que deseamos sinceramente ver imitados. Para el señor Bañados Espinosa, el parlamentarismo es una concepción de gobierno rechazada por el Derecho Público y sólo tolerable en las monarquías. Su ideal de gobierno para un país libre es el fundado en el sistema representativo. Estas conclusiones, en cuya gestación se ocupa el libro, están apoyadas en ejemplos tomados de las instituciones de los países más adelantados, y en irrecusables autoridades científicas. Por lo que á Chile toca, hubiéramos querido un mayor detenimiento en el estudio de nuestras circunstancias y peculiares instituciones, y veríamos con gusto que el autor aplicase sus doctrinas á la naturaleza constitucional de nuestro régimen político. Singularmente nos ha llamado la atención el capítulo que trata del Individuo y del Estado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Como está ocurriendo con frecuencia entre nosotros, el señor Bañados Espinosa se entrega en brazos de los escritores de Economía Política para resolver el problema de las atribuciones del Estado. De ahí esas opiniones vagas, deficientes, casi insustanciales, de que hace mérito al citar las de otros. La suya propia, que las clasifica en absolutas y relativas, consiste en conceder al Estado, á más de las absolutas, aquellas otras atribuciones (relativas) que, *teniendo por fin el progreso general de la comunidad y sin poner obstáculos á la libertad de los ciudadanos, no son ejercitadas por la iniciativa individual*, deja muchísimo que desear. Así ¿cuántos ejemplos no pudiéramos citar de negocios en que tiene ingerencia el Estado, y en que esta intervención es necesaria, no obstante ser en ellos mismos poderosa la iniciativa individual? Sobre todo, la inmixtión indebida de las teorías económicas perturbará por mucho tiempo el criterio de los pensadores entre nosotros. Lo hemos manifestado alguna vez: la Economía Política es incompetente para resolver el difícil concepto jurídico de las atribuciones de la autoridad pública. —El estilo del libro es demasiado literario para tratar cuestiones científicas: adolece de ciertas incorrecciones, fáciles de evitar; al respecto advertiremos, entre las que pudiéramos anotar, que, según tenemos entendido, el gentilicio que nace del nombre propio Estados Unidos de Norte América es otro que *yankee*, que importa un sobrenombre impropio. No es posible cargar de comparaciones y flores de retórica el estilo científico, sino con suma parsimonia y por calificada necesidad para la mejor comprensión del texto: así, producen mala impresión aquello de que el Individuo es la estrella, el Estado la constelación, etc; lo de que el Estado es freno, centinela, espada y fuerza; y aun la definición literaria del Estado (pág. 271). Apreciaciones exajeradas son pocas las que merecen anotarse, como la que se contiene en la página 44, número 5°. De todos modos, recibimos con especial placer la aparición de este libro, que constituye una novedad en un país en que tan poco se estudia la ciencia política, y felicitamos á su ilustrado autor por sus esfuerzos en estimular tan importantes estudios entre nosotros. Concluye el libro con una bibliografía de Derecho Público, que reputamos interesante y que daremos á nuestros lectores en el número próximo. —2. Constitución Política de la República de Chile (*leyes explicativas y proyectos de reformas*), 1 opúsculo de 50 páginas, Imp. Nacional, 1888.—3. Disposiciones vigentes sobre correos y telégrafos, en 21 de mayo de 1888, 1 vol. de 264 págs., Imp. Nacional, Santiago, recopilación formada por don Aníbal Echeverría Reyes y don Abraham del Río.—4. Reformas adaptables en los servicios de correos y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

TELÉGRAFOS EN CHILE, por don Aníbal Echeverría Reyes, 1 op. de 83 páginas, Imp. Nacional, 1888. Es un estudio interesante sobre las mejoras que pueden aún alcanzar los servicios expresados, susceptibles por su naturaleza de prodigioso desarrollo. Ojalá sean tomadas en cuenta sus indicaciones, satisfaciéndose así las aspiraciones de su inteligente y laborioso autor.—5. ENRIQUE COOD, por don Miguel Luis Amunátegui Reyes, 1 vol. de 152 págs., Imp. Cervantes, Santiago. Es la biografía publicada en esta REVISTA, con algunas agregaciones y modificaciones; pero el título debió ser DON ENRIQUE COOD. Nuestros lectores habrán leído sin duda con vivo interés este trabajo, notable por sus curiosos datos biográficos y las variadas cuestiones jurídicas que toca...

LA DIRECCIÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO IV Santiago, 1.º de octubre de 1888 NÚM. 5

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Ley de reforma constitucional de 12 de enero de 1882, por don Jorge Huneeus.—Los hurtos y los robos ¿son delitos de la misma especie para los efectos de la agravación del número 16, artículo 12 del Código Penal? por don Alejandro Fuenzalida.—Comentario del Título preliminar y del Título I del Libro I del Código de Comercio (continuación), por don José Alfonso.—Ligero estudio sobre tres de las principales reformas del nuevo Proyecto de Código de Minería, por don Alfredo Cabezón.—Notificaciones judiciales, por L. O.—Bibliografía de Derecho Público, por don Julio Bañados Espinosa.—Revista bibliográfica, por La Dirección.

LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE 12 DE ENERO DE 1882

Desde principios de 1880, fecha en la cual dimos á la estampa el segundo volumen de nuestro libro denominado *La Constitución ante el Congreso*, la historia de nuestro movimiento constitucional, en cuanto se relaciona con reformas de la Constitución misma, se concentra en tres capítulos perfectamente distintos.

El primero se refiere á la ley de reforma promulgada el 12 de enero de 1882, en cumplimiento de la ley de reformabilidad de 4 de julio de 1877, dictada esta última conforme á los antiguos artículos 165 á 168 de nuestra Carta Fundamental. Aquella ley de reforma modificó el artículo 40 y los ya mencionados artículos 165 á 168 de nuestra Constitución política.

El segundo capítulo á que aludimos, se refiere á la proposición de reforma constitucional promulgada el 3 de noviembre de 1884, aprobada con arreglo al nuevo sistema de reforma establecido por la ley de 12 de enero de 1882, y relativa al artículo 5.º de la Constitución de la República, y á algunas otras disposiciones que con él guardan estrecha conexión. Esa propo-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sición de reforma constitucional ha caducado por completo el 31 de mayo último, por haber dejado transcurrir su período, sin ratificarla, el Congreso anterior, frustrando así, por ahora á lo menos, las esperanzas que dicha proposición, tan largamente debatida en 1883 y en 1884, había hecho concebir á muchos liberales.

El tercer capítulo á que hacemos referencia, consiste en la proposición de reforma constitucional promulgada el 20 de diciembre de 1887, y felizmente ratificada en su totalidad por la ley de reforma de 10 de agosto último. Es ésta la primera ocasión en que ha funcionado por completo todo el nuevo mecanismo que la ley de 12 de enero de 1882 adoptó para la reforma de nuestro Código Fundamental, y es interesante, después de un estreno tan feliz, recordar los antecedentes que dieron origen á tan importante innovación.

Al terminar en 1876 la historia de la ley de reformabilidad de 4 de julio de 1877, que, observando el antiguo sistema de reforma, declaró necesaria la de los artículos 165, 166, 167 y 168 de la Constitución, y la del artículo 40 en la parte que disponía que las leyes sobre reforma debían tener principio en el Senado, decíamos, en la página 379 del primer volumen de nuestro libro, en el cual pueden leerse nuestros discursos relativos á la materia, pronunciados en la Cámara de Diputados, el uno en 23 de octubre de 1875 y el otro en 26 de octubre de 1876, que esperábamos que el Congreso de 1880 haría un uso prudente y discreto de la enorme atribución que la expresada ley de reformabilidad le había conferido.

Nos es altamente satisfactorio expresar aquí, al iniciar estas breves páginas, que nuestras esperanzas de entonces, lejos de resultar fallidas, se han realizado de una manera amplia y completa.

En efecto, el Congreso de 1880, investido de la ilimitada facultad que le atribuyera la ley de reformabilidad de 4 de julio de 1877, la puso en ejercicio sin caer en extremos igualmente perniciosos, adoptando en el fondo la idea capital que nosotros habíamos insinuado cuatro ó cinco años antes en los dos discursos á que acabamos de referirnos.

Se sabe que, con arreglo á los antiguos artículos 40 y 165

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

á 168 de la Constitución de 1833, la reforma de ésta se efectuaba por medio de dos leyes dictadas por Congresos diferentes. La primera, que se llamaba *ley de reformabilidad*, tenía por único objeto declarar que uno ó más preceptos constitucionales necesitaban ser reformados, sin indicar absolutamente en qué sentido había de efectuarse la reforma.

Una vez formulada la primera ley, que no podía admitirse á discusión si no era apoyada por la cuarta parte á lo menos de los miembros presentes de la Cámara en que se proponía, y que debía ser aprobada en ambas por los dos tercios también de los miembros presentes, se aguardaba hasta la próxima renovación de la Cámara de Diputados. Efectuada esa renovación, el Congreso siguiente al que había dictado la *ley de reformabilidad*, ú otro posterior cualquiera, quedaba investido de la enorme atribución de dictar la verdadera *ley de reforma*, realizando ésta en el sentido que tuviera á bien, y sin otra limitación ni traba que la de iniciarse en el Senado la discusión de esta segunda ley que, fuera de ese punto, en nada difería de la formación de todas las otras.

Es fácil comprender que este sistema fué ideado por la Constitución de 1833 con el propósito de hacer casi imposible su reforma, tomando en cuenta el sentimiento natural de desconfianza que todo Congreso debe experimentar cuando se pretende que confiera á un Congreso futuro, cuyo personal es necesariamente desconocido casi en su totalidad, la facultad omnímoda de reformar uno ó más preceptos constitucionales, y la de reformarlos contrariando tal vez abiertamente los deseos y las aspiraciones del Congreso iniciador que semejante facultad otorga.

No hay para qué detenerse á manifestar aquí lo absurdo de tal sistema. El hecho de haberse dictado la ley de reformabilidad de 4 de julio de 1877, lo comprueba de una manera evidente; y nuestro propósito no es ciertamente el de repetir lo que ya hemos dicho en la prensa ó en la tribuna parlamentaria, sinó recordar como se procedió á dar cumplimiento á los deseos del Congreso de 1877.

Después de promulgada la ley de reformabilidad tantas veces citada, transcurrieron tres años completos, y era forzoso que transcurriesen por lo menos dos, antes que se pensara en llevar á

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

efecto la reforma que ella había declarado necesaria. La República se encontraba envuelta á la sazón en una guerra colosal, y no debe extrañarse que el Congreso elegido en marzo de 1879 no entrara á considerar inmediatamente una materia tan grave como era la de alterar el sistema que la Constitución de 1833 había establecido primitivamente para reformar sus disposiciones.

Una vez abiertas las Cámaras en junio de 1880, cuando ya nuestro glorioso tricolor flameaba triunfante en Iquique, en Pisagua y en el morro de Arica; tranquilizados los espíritus, se inició en la Cámara de Diputados el interesantísimo debate á que dió lugar la ley de incompatibilidades judiciales, promulgada el 30 de de agosto del mismo año. Cuando ese debate se inició á su vez en el Senado, donde tomó proporciones verdaderamente extraordinarias, el señor senador don Adolfo Ibáñez fué el primero que recordó que estaba pendiente sobre el Congreso el deber de llevar á efecto la reforma de los artículos que éstablecían reglas para la reforma de la Constitución; y como el debate debía iniciarse en el Senado, según el antiguo sistema que todavía no había sido modificado, el señor Ibáñez sometió entonces á la deliberación de ese honorable cuerpo, en sesión ordinaria de 31 de julio de 1880, un proyecto de reforma que constaba de un solo artículo y que decía así:

"Se derogan los artículos 165, 166, 167 y 168 de la Constitución y el artículo 40 en la parte á que se refiere la ley de 4 de julio de 1877, y se sustituyen por el siguiente:

"La reforma de esta Constitución en todos ó cada uno de sus " artículos podrá efectuarse observándose los trámites establecidos en los artículos 41, 50 y 51."

Ese proyecto del señor Ibáñez tenía por objeto, como se nota á primera vista, y como su mismo autor lo expresó en sesión de 6 de agosto de 1880, someter la reforma de las disposiciones constitucionales á las mismas reglas que las de toda ley. Más todavía. Hacía más fácil la reforma de la Constitución que la de una simple ley, porque el señor Ibáñez no reproducía en su moción los artículos 43 á 49 de la Constitución, que reglamentan la ingerencia del Presidente de la República en la formación de las leyes. Ese funcionario habría quedado así privado de la fa-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cultad de corregir ó modificar los proyectos de reforma constitucional, y privado también, como lo está hoy, después de la ley de 12 de enero de 1882, de la facultad de vetarlos ó de desecharlos por completo.

La moción del señor Ibáñez, que tuvo su origen en la discusión de la ley de incompatibilidades judiciales, produjo el benéfico resultado de traer á la memoria del Senado el cumplimiento del deber que sobre él pesaba, de iniciar el proyecto de reforma destinado á llevar á efecto la que se había declarado necesaria tres años antes.

Con tal objeto nombró el Senado, en sesión de 19 de agosto de 1880, una comisión especial compuesta de los señores don Antonio Varas, don Gerónimo Urmeneta, don Marcial Martínez, don Melchor Concha y Toro y don Manuel Irarrázaval. Esa comisión desempeñó su encargo tan pronta como cumplidamente, presentando al Senado, en sesión de 3 de septiembre del mismo año, el informe que puede leerse en la página 266 del *Boletín* senatorial de aquel año, suscrito por todos sus miembros, menos el señor Varas.

Ignoramos la razón por que no aparece en el informe la firma del señor Varas; pero podemos asegurar que él aceptó, salvo pequeñas variaciones de redacción, el proyecto de la comisión, que coincide en el fondo y en su parte fundamental con la ley de reforma de 12 de enero de 1882.

Nuestra afirmación descansa en un interesante documento, para nosotros doblemente precioso, tanto porque emana del simpático y respetable estadista señor don Gerónimo Urmeneta, cuanto porque él acredita que nos cupo la honra de intervenir en algo en la confección del informe precitado.

Ese documento es la carta siguiente:

"*Santiago, 27 de agosto de 1880.*

"SEÑOR DON JORGE HUNEEUS

"Mi apreciado amigo:

"He encontrado el tomo I de su obra, y allí están consignadas las ideas que sobre reforma de la Constitución usted me manifestó.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Tengo el gusto de decirle que éstas fueron aprobadas por la comisión ayer. Don Melchor, después que habíamos discutido algo, dijo que traía las ideas suyas redactadas por usted, y que eran las mismas en que estábamos de acuerdo. Así es que propuse tomáramos por base esa redacción, y con algunas palabras variadas se aceptó. Yo propuse quitar el veto al Presidente en el primer proyecto de ley sobre la reforma, y Varas propuso pequeñas variaciones de redacción.

"Le saluda su affmo. amigo y S. S.

"(Firmado) GERÓNIMO URMENETA"

El informe mencionado sirvió de base á los debates que, sobre la materia, tuvieron lugar en el Senado durante las sesiones ordinarias de 1881; y, en la forma que este honorable cuerpo tuvo á bien darle, á los que originó en la Cámara de Diputados y en el Senado mismo, en las sesiones extraordinarias celebradas en diciembre del mismo año y en los primeros días de enero de 1882. En todos ellos se conservó la idea matriz del informe. Las modificaciones que la Cámara de Diputados introdujo en el proyecto del Senado, no alteraron su fondo, exceptuando una importante, que fué iniciada por don Vicente Reyes. Á indicación suya, se estableció que si el Congreso inmediato al iniciador de la reforma dejaba transcurrir su período constitucional sin ratificarla, dicha reforma se tendría por no propuesta, ó que, en otros términos, caducaría para todos los efectos legales, como acaba de suceder con la proposición de 3 de noviembre de 1884.

En cuanto al procedimiento, la Cámara de Diputados modificó el proyecto del Senado, estableciendo que la concurrencia de la mayoría absoluta del número total de miembros de ambas Cámaras, se requeriría sólo para la *votación*, mas no para la *discusión* de los proyectos de reforma. Las dos recordadas modificaciones fueron aceptadas por el Senado en enero de 1882.

La ley de 12 de aquel mes y año fué el resultado final de los debates que nos hemos permitido recordar, y ella realizó la reforma de los artículos 40 y 165 á 168 de la Constitución en un sentido perfectamente satisfactorio y que salva todos los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

inconvenientes del viejo sistema adoptado por los convencionales de 1833.

En sustancia, según la citada ley de 12 de enero de 1882, para reformar las disposiciones constitucionales se requieren dos leyes: la primera que proponga la reforma en términos precisos, concretos y bien definidos; y la segunda, que debe ser dictada por el Congreso inmediatamente posterior, so pena de caducidad de la reforma propuesta, limitada únicamente á ratificar ó nó esa reforma, sin introducir en ella la más mínima alteración.

La primera de las dos indicadas leyes, que se llama *proposición de reforma constitucional*, se dicta por el Congreso *proponente* con sujeción á los preceptos que la Constitución consigna para la formación de toda ley; pero con las notables diferencias siguientes: 1.ª, si la proposición de reforma fuere rechazada en la Cámara de origen, puede proponerse nuevamente en ella en la sesión del mismo año, al revés de lo que sucede con las leyes ordinarias; 2.ª, la proposición de reforma constitucional no puede *votarse*, aunque puede sí discutirse, en ninguna de las Cámaras sin la asistencia de la mayoría absoluta de los miembros de que se compone, no bastando el quórum que se requiere para las leyes ordinarias; 3.ª, si el Presidente de la República devuelve la proposición de reforma con correcciones ó modificaciones, y éstas no fueren aceptadas en cada Cámara por la mayoría de dos tercios de sus miembros presentes, debiendo concurrir la mayoría absoluta del total de cada una, é insistieren ambas por esa mayoría en las proposiciones de reforma antes aprobadas por ellas, prevalece la voluntad del Congreso sobre la del Presidente, y éste tiene el deber de promulgar la proposición de reforma constitucional para los efectos consiguientes; al revés de lo que ocurre en la formación de las demás leyes, pues se sabe que cuando el Presidente de la República devuelve un proyecto de ley al Congreso con correcciones ó modificaciones, y éstas no son aceptadas por ambas Cámaras llanamente y sin variación alguna, el proyecto de ley se tiene por no propuesto, y no puede proponerse hasta la sesión del año siguiente; y 4.ª, el Presidente de la República carece del veto, ó de la facultad de desechar en el todo las proposiciones de reforma constitucional.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En cuanto á la segunda ley, ella, como se ha notado ya, debe limitarse simplemente á ratificar ó desechar la reforma propuesta, sin introducir la más ligera variación. No puede *votarse* la ratificación ó el rechazo, sino encontrándose presente á lo ménos la mayoría absoluta del número total de miembros de que debe componerse cada Cámara, y en cada una de éstas forma resolución el voto de la mayoría absoluta de los presentes. No es aplicable, ni podría serlo á la ley de ratificación ó rechazo de la reforma propuesta, el sistema de correcciones ó adiciones, ni el de insistencia por mayoría de dos tercios. La Constitución no se refiere en esta materia ni á su artículo 50 ni al 51, como tampoco á los artículos 43 á 49, de lo cual resulta que el Presidente de la República tampoco puede corregir ó modificar, ni vetar ó desechar en el todo la decisión de un Congreso ratificante, que acepta una proposición de reforma constitucional votada por el Congreso precedente.

Los demás preceptos que contiene la ley de reforma constitucional de 12 de enero de 1882 se refieren, ya al plazo dentro del cual debe hacerse la promulgación ó publicación del proyecto de reforma del Congreso proponente; ya á la facultad, que ese Congreso y el ratificante tienen, de ocuparse de estas materias en sesiones extraordinarias, aun cuando el Presidente de la República no las hubiere incluído en la con vocatoria; ó ya, finalmente, á la atribución que al Congreso ratificante corresponde, de continuar funcionando en sesiones extraordinarias hasta por noventa días, sin necesidad de convocatoria del Presidente de la República, para ocuparse exclusivamente en la ratificación.

Basta lo dicho para comprender cuánto hemos ganado con la adopción del nuevo sistema de reforma constitucional, adoptado por la ley de 12 de enero de 1882. Sin salir de la norma trazada por la Constitución misma, se ha sustituído un sistema racional y que conduce á algo perfectamente conocido, á un sistema absurdo y del todo incierto en sus resultados. Se han reformado las reglas establecidas por la Constitución para su reforma, respetando esas mismas reglas por completo; y se han combinado las cosas de tal manera que no puede introducirse alteración alguna en la Carta Fundamental, sino cuando sea aceptada en idéntica forma por la mayoría absoluta de los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

miembros de cada Cámara separadamente, y por dos Congresos sucesivos, el uno que propone la alteración y el otro inmediato que la ratifica; para cuyo efecto debe publicarse la proposición de reforma dentro de los seis meses que precedan á la renovación del Congreso proponente, y por lo menos tres meses antes de la fecha en que hayan de verificarse las elecciones de los miembros del Congreso ratificante, á fin de que así se encuentren éstos investidos por la nación de un mandato especial que los autorice para pronunciarse acerca de la ratificación.

Este nuevo sistema, que acaba de funcionar admirablemente con motivo de la última proposición de reforma sometida al actual por el Congreso anterior el 20 de diciembre de 1887, y ratificada siete meses y veinte días después, el 10 de agosto último, es uno de los más bien combinados que se conocen. Ya que en Chile no estamos preparados, ni es probable que lo estemos en muchos años, para la adopción del sistema inglés, propuesto por el señor Ibáñez en julio de 1880, y que consiste en equiparar las leyes fundamentales á todas las otras, el Congreso de 1880, colocándose en un terreno eminentemente práctico, y obrando con un tino político y una prudencia que desmintieron los funestos augurios de los tímidos y recelosos de 1876 y 1877, ha llenado su misión de una manera que le honra altamente y que está produciendo y habrá de producir día á día benéficos resultados.

No tenemos hoy que envidiar cosa alguna en la materia á las naciones más cultas del universo. Prescindiendo de Inglaterra, cuyo sistema es único, citarémos en comprobación de nuestro aserto las Constituciones de algunos Estados que obedecen á tipos diferentes en cuanto á su forma de gobierno, para que se vea que es perfectamente justificada la apreciación que hacemos de la obra realizada por la ley de reforma de 12 de enero de 1882.

En los Estados Unidos, la reforma de la Constitución federal puede llevarse á cabo de dos maneras: el Congreso federal puede *proponer* enmiendas por los dos tercios de ambas Cámaras, y esas enmiendas se incorporan en la Constitución, una vez que hayan sido *ratificadas* por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados de la Unión. Puede también pedirse por la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

egislatura de los dos tercios de dichos Estados, que se convoque una convención para *proponer* enmiendas, y éstas formarán parte de la Constitución cuando, en este caso, sean *ratificadas* por convenciones reunidas en tres cuartos de los Estados.

Las enmiendas introducidas hasta ahora en la Constitución federal de 17 de septiembre de 1787, se han realizado todas, si mal no recordamos, por el primero de los dos sistemas que quedan indicados. Ambos coinciden en la idea capital, con el de nuestra ley de 1882.

En el Brasil, la reforma de los preceptos de su Constitución, jurada el 25 de marzo de 1824, se efectúa, conforme á lo dispuesto en sus artículos 174 á 177, de la manera siguiente: la proposición de reforma de uno ó varios artículos tendrá su origen en la Cámara de Diputados, deberá ser apoyada por la tercera parte de sus miembros, será leída por tres veces con intervalo de seis días entre una y otra lectura, y, después de la tercera, deliberará dicha Cámara si se admite ó nó á discusión la reforma propuesta, observándose todo lo demás que debe mediar en la formación de una ley. Admitida que sea á discusión, y reconocida la necesidad de la reforma del artículo constitucional, se expedirá una ley, que será sancionada y promulgada por el emperador en la forma ordinaria, y en la cual se ordenará á los electores de los diputados para la siguiente legislatura, que en los poderes les confieran especial facultad para la pretendida alteración ó reforma. En la primera sesión de la siguiente legislatura se propondrá y discutirá la materia, y aquéllo en que se conviniese prevalecerá como cambio ó adición en la ley fundamental, promulgándose solemnemente, después de agregarlo á la Constitución.

Se observa á primera vista que el sistema brasileño se asemeja más al que ideó la Constitución chilena de 1833, puesto que el Congreso que lleva á efecto la reforma no está limitado únicamente, como sucede ahora en Chile con nuestro nuevo sistema, á ratificar ó desechar la reforma propuesta, sino que el mismo la propone y discute. Preferimos, por lo tanto, el sistema adoptado por nuestra ley de 12 de enero de 1882 al de la Constitución que rige en el liberal imperio sudamericano.

En Suiza, conforme á lo dispuesto en los artículos 118 á 121

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de la Constitución federal de 29 de mayo de 1874, cuando una de las Cámaras decreta la revisión y la otra no consiente en ella, ó bien cuando 50,000 ciudadanos suizos con derecho de sufragio pidieren la revisión, se consulta al pueblo suizo para que decida el caso afirmativa ó negativamente. Si la mayoría de los ciudadanos suizos votantes se pronuncia por la afirmativa, se renuevan las dos Cámaras para efectuar la revisión, y ésta entra á regir cuando hubiese sido aceptada por la mayoría de los ciudadanos suizos votantes y por la mayoría de los estados ó cantones.

Este sistema, eminentemente popular y único en su clase, nada deja que desear en teoría; pero es más que dudoso que en Chile, y quizás que en cualquiera otra nación sujeta al régimen constitucional, pudiera producir los efectos que las condiciones especiales de la Suiza le han asegurado en aquella democracia tan singularmente privilegiada.

En Francia, conforme á lo dispuesto en el artículo 8.º de la ley constitucional de 25 de febrero de 1875, las Cámaras tienen la facultad de declarar que hay lugar á la revisión de las leyes constitucionales, por deliberaciones separadas, adoptadas en cada una por mayoría absoluta de votos, sea espontáneamente, sea á petición del Presidente de la República. Después que cada una de las dos Cámaras hubiere adoptado esa resolución, se reunirán en Asamblea Nacional para proceder á la revisión. Las deliberaciones sobre revisión de las leyes constitucionales, en todo ó en parte, deben ser adoptadas por la mayoría absoluta de los miembros que compongan la Asamblea Nacional.

El sistema francés adolece de los mismos peligros de que adolece el antiguo sistema de la Constitución chilena de 1833. Puede suceder que las dos Cámaras acuerden separadamente la revisión de uno ó más preceptos constitucionales, y que en seguida la Asamblea Nacional, compuesta de ámbas, lleve á efecto esa revisión de una manera que no guarde conformidad con las aspiraciones de quienes la promovieron. Ahora mismo existen en Francia partidos de ideas diametralmente opuestas, que pretenden que la Constitución de 1875 sea revisada. Unos lo pretenden porque quieren el restablecimiento de la monarquía orleanista; otros porque quieren el restablecimiento del bona-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

partismo; otros, finalmente, porque querrían que se organizara quién sabe qué clase de república; todos hablan de revisión; pero nadie dice de una manera concreta en qué forma y en qué términos ella habrá de efectuarse. No faltan tampoco quienes pretendan que se suprima el Senado y aun el cargo de Presidente de la República.

Basta lo dicho para comprender que no es preferible al nuestro el sistema de revisión constitucional que actualmente rige en la República francesa.

La Constitución de 30 de junio de 1876, que actualmente rige en España, nada dice acerca de la manera como pueden reformarse sus disposiciones. Ese silencio nos parece peligrosísimo; porque así como podrán algunos deducir de él que las leyes constitucionales españolas son idénticas á todas las otras en cuanto á la manera de formarlas y revisarlas, podrán otros abrigar la creencia de que ninguna de las autoridades constituídas puede efectuar la reforma, desde que no hay precepto alguno constitucional que les confiera la facultad de hacerlo.

En materia tan grave, pensamos que conviene siempre decir claramente cómo debe procederse, aun cuando sea para decir, como lo proponía el señor Ibáñez en 1880, que la reforma de las disposiciones constitucionales se efectúa de la misma manera que la de todas las leyes.

No caerémos en la tentación de citar más Constituciones que las ya apuntadas. Bastan ellas para darse cuenta de que nuestra ley de 12 de enero de 1882 es muy superior á cuanto en aquéllas se establece, dadas nuestras condiciones políticas y lo mucho que todavía deja que desear la cultura intelectual de nuestro pueblo.

En abono de la reforma introducida por nuestra ley de 1882 bastará observar, en conclusión, que, según ella, el primero de los dos Congresos que intervienen en la reforma, es el que la precisa y redacta, y que al segundo no le compete sino la facultad de aceptarla ó rechazarla lisa y llanamente, sin poder modificarla, ni menos todavía efectuarla al revés, ó en un sentido retrógrado. Según el sistema primitivo de la Constitución de 1833, el primero de esos dos Congresos no desempeñaba otro papel que el de declarar platónicamente y en abstracto

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la necesidad de la reforma, careciendo de la facultad de precisarla, ni aún de una manera vaga. El segundo Congreso penetraba así libremente en el campo sagrado de la Constitución, y podía efectuar la reforma como le diera la gana, contrariando por completo las aspiraciones del primero. ¿Dónde existían entonces las garantías que las naciones cultas han creído encontrar, para la seriedad de una reforma constitucional, en la conformidad de opiniones de dos Congresos, de dos convenciones, ó de un Congreso y la del pueblo ratificante, como sucede en Suiza? ¿Cómo podría ratificarse algo tan vago é indefinido cual es una idea abstracta?

Concluyamos felicitándonos por la importantísima mejora que ha introducido en nuestro organismo constitucional la ley de 12 de enero de 1882, cuyos benéficos resultados acaba de dar á conocer la ley de 10 de agosto último, que suprime los artículos 1.º y 9.º, y varios de los antiguos y nuevos transitorios y que reforma el artículo 8.º, el inciso 4.º del artículo 11, y los artículos 19, 24, 25, 26, 27 y 73 de nuestra Constitución, solemnemente promulgada hace ya más de cincuenta y cinco años.

JORGE HUNEEUS

Santiago, 22 de septiembre de 1888.

LOS HURTOS Y LOS ROBOS ¿SON DELITOS DE la misma especie para los efectos de la agravación del número 16, artículo 12 del Código Penal?

§ 1.

Tanto los que opinan que esta cuestión debe resolverse negativamente, como los que creen también que los hurtos que el número 19 del artículo 494 del Código Penal califica de faltas no son de la misma especie que los otros penados como crímenes ó simples delitos, no se apoyan en los principios que rigen la agravación por reincidencia, sino en algunos textos del expresado Código, que interpretan á su modo.

Y, en efecto, en la segunda cuestión que hemos tratado en el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

número 11, tomo III de esta REVISTA, nadie se ha atrevido á sostener que, atendiendo á los principios y á la naturaleza intrínseca de los hurtos, sean de distinta especie los que valgan más de diez pesos y los que importen sólo esta suma ú otra menor, y únicamente se apoyan en que, según ciertos textos, el Legislador los ha hecho de distinta especie, á pesar de que todos son apropiaciones de cosas muebles ajenas contra la voluntad de sus dueños, con ánimo de lucrarse y sin violación ni intimidación en las personas ni de fuerza en las cosas. (Art. 432 del Código Penal.)

Y del mismo modo, los que sostienen que los hurtos y los robos son también de distinta especie, prescinden por completo de la naturaleza intrínseca de estos hechos, de sus elementos constituyentes, y sólo se apoyan en que el Código trata de los robos y de los hurtos en distintos párrafos del título 9.°, libro II, y en que califica de robos á las expresadas apropiaciones cuando se verifican con violencia ó intimidación en las personas ó con fuerza en las cosas, y de hurtos, si faltan estas circunstancias accidentales.

Y, sin embargo, parece que lo racional y correcto es que no habiendo el Código definido lo que entiende por delitos de la misma especie, deba ocurrirse á los principios en que reposa la ciencia penal para saber ciertamente lo que debe entenderse por delitos de la misma especie, así como es necesario ocurrir á ellos para saber qué es reincidencia, palabra que tampoco está definida, puesto que sólo la ciencia penal, á falta de disposiciones expresas, puede darnos los fundamentos de la agravación por reincidencia y los requisitos ó condiciones que son necesarios para que ella exista.

Pues bien, ¿cuáles son estos fundamentos y cuáles esos requisitos ó condiciones?

"La reincidencia, dice Rossi en su notabilísimo *Tratado del Derecho Penal*, tomo II, capítulo IV, debe ser tomada en cuenta por el Legislador, porque ella acusa al delincuente de una gran perversidad moral y revela á la sociedad un agente muy peligroso; pues el que reincide es un culpable especial, moral y político á la vez." "La reincidencia, dicen Chaveau y Helié en su obra titulada *Teorías del Código Penal*, tomo I, núme-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ro 447, ha sido considerada en general, como una circunstancia que debe agravar las penas que por sí mismos merecen los hechos punibles, pues se ve en la reiteración del crimen un síntoma de perversidad más activo, un indicio de un peligro social más inminente, y la ineficacia de la primera pena exige una nueva más eficaz.»

La mayor perversidad moral que los reincidentes revelan; el peligro más grande á que con ellos está expuesta la sociedad, y que la ley debe prevenir con penas más eficaces que las comunes; esa culpa especial que aparece ostensible en la reincidencia y que es precisamente el fundamento de todas las agravaciones legales; y, por fin, la ineficacia de la primera pena cuando ésta se ha cumplido; tales son, pues, los fundamentos de la agravación por reincidencia, que es aceptada por la generalidad de los criminalistas y de las legislaciones penales.

Pero para que ella sea legítima, es menester encerrarla dentro de los límites de la justicia moral, y la dificultad consiste en fijar estos límites. «Si la reincidencia agrava la pena, es por presumirse un hábito criminal en el agente, dicen Chaveau y Hélie, tomo I, número 446 de la obra citada. Por esto, el delincuente que después de haber sido penado por un robo, comete otro robo, es justamente considerado más culpable que la primera vez; pero el hábito sólo se demuestra por la analogía de los dos hechos. Mas este hábito ¿se manifiesta igualmente cuando el delincuente que, después de haber sido penado por rebelión, comete un robo, ó que, penado por una falsificación comete un atentado contra el pudor, ó, en fin que, después de haber sido castigado por estafa ó bancarrota, comete los delitos de sedición ó de difamación? Nó; para que la reincidencia sea una presunción de mayor perversidad, es menester que haya identidad entre los delitos que la constituyen; porque, ¿cómo presumir la incorregibilidad del ladrón por el simple hecho de cometer después actos de rebelión ó violación, del condenado político que vuelve á convertirse en culpable de falsificación ó robo? Y ¿cómo puede hacerse concurrir dos crímenes de una naturaleza distinta para formar con ellos un hábito? Sin embargo, agregan, nosotros no exigimos que los dos hechos sean completamente idénticos, y no aceptamos, como el Legislador de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la Luisiana, que no sean reincidentes los falsificadores que después cometan robos ó los asesinos que atentan al pudor, puesto que la misma clase de perversidad guía al falsario y al ladrón, al asesino y al que atenta al pudor. Los delitos son, en una palabra, de la misma naturaleza cuando tienen el mismo origen, el mismo género de corrupción, y, por otra parte, la naturaleza misma de las cosas ha dividido las infracciones en delitos contra las personas, contra la propiedad, políticos, militares, especiales, etc.; y es natural que la reiteración de delitos de cualquiera de estas clases constituya la reincidencia; pero ésta no existe cuando las dos infracciones no pertenecen á la misma clase, porque entonces no hay hábito de cometer delitos del mismo género. Esta distinción simple y fácil que encierra la presunción de la ley en sus verdaderos límites, satisface á la justicia moral sin debilitar un útil principio de represión.»

Sobre esta misma materia, Ortolán agrega: «La reincidencia de delitos diversos es menos reconcentrada en una sola tendencia culpable, y, por consiguiente, menos enérgica bajo este aspecto, aunque denota siempre la persistencia del delincuente en violar la ley penal y en no detenerse ante la represión de la justicia. Por otra parte, entre los malhechores más peligrosos, los diversos géneros de crímenes ó delitos se mezclan y se suceden según las ocasiones, y forman el tejido de la existencia criminal de esta gente. Si el Legislador descuidara á estas clases de reincidentes, descuidaría precisamente á los que más deben preocuparlo. No obstante, la generalización no debe llevarse hasta el punto de comprender delitos que son de tal modo diversos que no tengan relación alguna entre sí, de suerte que de la comisión del segundo, no pueda deducirse cosa alguna absoluta y permanente, por ejemplo, delitos meramente militares y comunes, políticos y no políticos, infracciones de ciertas leyes de policía y crímenes ó delitos contra la moral universal; porque en todos estos casos tan divergentes de infracciones de la ley penal, la reincidencia no causa más que graduaciones inciertas y variables que, si pueden afectar la culpa individual que deben apreciar los jueces, no afectan la culpabilidad absoluta que el Legislador no puede medir sino de un modo abstracto.»

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

§ II

Esta doctrina, que, por cierto, no encierra la circunstancia agravante de la reincidencia dentro de los límites más estrechos, no ha sido aún aceptada por los Códigos Penales de Francia, Bélgica, Italia y Holanda, los cuales son mucho más latos todavía, pues consideran reincidentes no sólo á los que esa doctrina considera tales, sino *á los que después de haber sido penados por un crimen cometen* otro crimen ó delito, y á los que, después de haber sido penados por un delito cometen otro, cualquiera que sea la naturaleza, género ó especies de dichos crímenes ó delitos; de suerte que estos Códigos se han desentendido de la naturaleza ó especie de las infracciones ó, si se quiere, han considerado como de la misma naturaleza ó especie á los crímenes entre sí, á los crímenes y delitos, y á éstos tambien entre sí.

Mas la teoría predominante ha conseguido hacer sancionar por la mayor parte de las legislaciones modernas, principios mucho más restrictivos que los de aquellos Códigos, y aun más que los que profesan Chaveau y Hélie, y Ortolán, de acuerdo con los criminalistas y con algunas leyes romanas. Estos criminalistas enseñaban, en efecto, que sólo había agravación por reincidencia cuando los delincuentes *in iisdem sceleribus perseverent*, y varios textos romanos agravaban la pena de los que, después de haber sido penados como autores de desórdenes públicos, recaían en el mismo delito; de los funcionarios que, después de haber sido penados por malversadores, volvieran á cometer un delito igual, y de los condenados que se fugaban de sus prisiones. Y es notabilísimo que esta legislación agravase las penas de los que cometían un segundo delito de la misma especie que el anterior y que exigiese, cuando no eran de la misma especie, la concurrencia de tres ó más; de suerte que el hábito lo presumía esta legislación de la comisión de dos delitos de la misma especie, y de la comisión de tres ó más si eran de distinta clase, lo que el número 15, artículo 12 de nuestro Código Penal considera también circunstancia agravante con ciertas condiciones. (A. MORIN, *Répertoire de Droit Criminel.)*

Y entre los criminalistas modernos, Rossi, Merlin y otros,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

consideran que la reincidencia consiste sólo en cometerse un delito de la misma especie ó género que otro anteriormente penado. "La reincidencia, dice Rossi (tomo II, cap. 4°, pág. 283), no es sino una agravación de la culpabilidad en la misma especie de crimen"; y "se llama reincidencia en materia criminal, agrega Merlín, la acción de cometerse un crimen, un delito ó una contravención del mismo género que el hecho reputado crimen, delito ó contravención penado anteriormente." *(Répertoire*, tomo XXVII, pág. 181.) Y en conformidad á estos principios, el Código Penal del Brasil impone el grado más alto de los tres que asigna á cada delito cuando el culpable es reincidente de delito *de la misma naturaleza;* el de Austria aumenta la pena común si el culpable ha sido ya condenado por un delito semejante; y el de Prusia dispone que "es reincidente el que, después de haber sido condenado por un crimen ó delito por sentencia ejecutoriada de los tribunales prusianos, comete de nuevo el mismo *crimen* ó *delito* con circunstancias agravantes ó sin ellas." Disposiciones semejantes contienen las leyes penales de Hungría, Suecia, Noruega y Dinamarca, y el muy notable Código de Luisiana no admite la agravación por reincidencia sino de delitos *de la misma naturaleza.*

Pero ni estos principios tan restrictivos son aceptados por algunos criminalistas franceses, alemanes é italianos, que rechazan en absoluto la circunstancia agravante por reincidencia. "¿Puede sostenerse, dice Carnot, que es justo aplicar á los reincidentes una pena mayor que la común al género de delitos de que se hacen culpables? Si ellos han sido penados por el primero ¿no se violará el principio de *non bis in idem*, que es una de las bases de toda legislación? Y por otra parte, las penas de los delitos no se imponen sino por circunstancias que sean concomitentes y que formen un todo indivisible."

En resumen, tenemos que hay autores que sostienen que la reincidencia no es una circunstancia agravante; que esta opinión ha sido definitivamente rechazada por la gran mayoría de los criminalistas y de los Códigos Penales modernos; que los de Francia, Bélgica, Italia y Holanda agravan por la reincidencia y dan á esta palabra un sentido más lato; que algunos autores restringen el sentido de la palabra, como Chaveau y Hélie, y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Ortolán, ya citados; y por fin, que prevalece en la teoría la opinión de los antiguos jurisconsultos romanos y también en la mayor parte de los Códigos Penales modernos, opinión que consiste en no agravar por la reincidencia sino en caso que el segundo delito sea el *mismo ó de la misma naturaleza, género ó especie* que el primero ya penado.

Con estos antecedentes, y recordando que la agravación por reincidencia se funda principalmente en la necesidad social de castigar más severamente al delincuente que después de haber sido penado por un delito, no se detiene en su mal camino y comete otro semejante, de la misma naturaleza, género ó especie que el primero, pues con estas condiciones la ley presume que el delincuente ha adquirido el hábito de delinquir en cierto orden de delitos del mismo origen, que es más temible para la sociedad por su inmoralidad creciente, y que las penas comunes que el Legislador impone al tipo medio de los delitos no son eficaces; con estos antecedentes, repetimos, podemos ya examinar la cuestión propuesta.

§ III

Según el número 16, artículo 12 de nuestro Código Penal, es circunstancia agravante, «ser reincidente en delito de la misma especie.» Igual disposición contiene el número 18, artículo 10 del Código Español de 1850 sin más diferencia que la de una simple preposición que en nada altera el sentido.

Como se ve, estos Códigos han restringido el latísimo sentido de la palabra reincidencia, para considerarla como circunstancia agravante; pues han exigido que la reincidencia sea en delito de la misma especie, de suerte que esta frase no es un pleonasmo, como alguien piensa, sino una restricción con la cual dichos Códigos han creído encerrar la agravación de los reincidentes dentro de los límites de la justicia moral. Pero ¿qué se entiende por delitos de la misma especie?

Si nos desentendiéramos de los principios de la ciencia penal en que la agravación se apoya, si quisiéramos interpretar el sentido de la frase sólo en virtud de la letra y el contexto de nuestro Código, como lo hacen los partidarios de la doctrina

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

contraria á la que vamos á sustentar, podrían caber dentro de la expresada frase todas las opiniones de los autores citados y que han sido sancionadas por diferentes Códigos. Podría, por ejemplo, sostenerse que la palabra delito que define el artículo 1.º y que el 3.º divide en crímenes, simples delitos y faltas, es el género, relativamente á cada miembro de la división, que vienen á ser la especie; y, en consecuencia, que son de la misma especie todos los crímenes entre sí, todos los simples delitos y todas las faltas también entre sí, sistema que siguen el Código Penal Francés y otros con algunas modificaciones. Y con igual razón podria sostenerse que delitos de la misma especie son los que están contenidos en cada título del Código conforme á la doctrina de Chaveau y Hélie y de Ortolán, y que ha sancionado el artículo 18 del Código Español reformado de 1870. "Son circunstancias agravantes, dice este artículo 18, ser reincidente. Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito, estuviere ejecutoriadamente condenado por otro comprendido en el mismo título de este Código."

No basta, pues, la letra del Código para saber qué se entiende por delito de la misma especie, sino que es necesario conocer los fundamentos técnicos de la agravación por reincidencia, única base que nos dará todo el alcance restrictivo de la frase "en delitos de la misma especie".

Pues bien, la presunción legal de que el delincuente que después de haber sido penado por un delito comete otro, no existe sino á condición de que los delitos sean los mismos, homogéneos, que puedan sumarse para formar la habitud, y que tengan su origen en la misma fuente de perversidad moral. Por consiguiente, según estos principios, que la ciencia enseña y ha hecho sancionar por la gran mayoría de los Códigos modernos, es necesario reconocer que delitos de la misma especie no son, en nuestro Código, los crímenes, delitos y faltas entre sí; ni tampoco los que están penados en los mismos títulos, sino los que sean idénticos, de la misma naturaleza ó género, que son las expresiones restrictivas de que se valen los criminalistas y algunos Códigos y que el nuestro y el español de 1850, denominan de la misma especie, para expresar lo mismo que aquellos. La gravedad de los delitos, única circunstancia que el Legislador ha

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tomado en cuenta para dividirlos en crímenes, simples delitos y faltas, no ha podido ser considerada para la agravación por reincidencia, que no se funda en ella, sino en factores completamente extraños, y tampoco puede considerarse la división en títulos, párrafos y artículos, puesto que el objeto de esta división ha sido sólo el de tratar con cierto orden las materias que se relacionan entre sí.

§ IV

Conocidos estos antecedentes y reconociendo además que nuestro Código, como otros muchos, ha querido encerrar á la agravación por reincidencia dentro de los límites más estrechos posibles, podemos preguntar: los hurtos y los robos ¿son de una misma especie, á pesar del sentido tan restrictivo que damos á esta frase? Para contestar afirmativa y razonablemente á la pregunta que envuelve la cuestión propuesta, debemos antes contestar á esta otra: ¿qué diferencia hay en la naturaleza, sustancia ó esencia de estos hechos punibles?

Desde antiguo, desde el jurisconsulto romano Paulo, los hurtos y los robos se han designado con una sola palabra, *furtum*, que algunos Legisladores han traducido con la palabra hurto y otros con la de robo; pero todos están de acuerdo en que constituyen este delito contra la propiedad tres elementos que forman su naturaleza, sustancia, esencia ó especie: 1.º, una sustracción de una cosa mueble; 2.º, que esta cosa sea ajena; y 3.º, que la sustracción sea fraudulenta. *Furtum est*, según el jurisconsulto citado, *qui solo malo rem alienam contrectat.* Esta sabia definición, que ha sido universalmente aceptada, y que el artículo 379 del Código Francés no ha hecho más que traducir, diciendo: "Es culpable de robo cualquiera que haya sustraído fraudulentamente una cosa ajena; esta definición, repetimos, determina los tres elementos de los robos ó hurtos que, formando el delito, señalan la especie, naturaleza, sustancia ó esencia. Es cierto que estas sustracciones pueden tener, por el uso ó por la ley, distintos nombres y deben tener diversas penas, según las circunstancias más ó menos graves que concurran en su comisión; pero ni los nombres, ni las penas ni el Todopode-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

roso podrán hacer que no sean sustracciones ó apropiaciones de cosas muebles ajenas, contra la voluntad de sus dueños, condiciones elementales que forman la especie de estas infracciones Por otra parte, estos nombres de hurtos y robos que emplea nuestro Código, son tan convencionales, que bien pudo denominar simplemente hurtos á todas las sustracciones que pena en los párrafos 2.º, 3.º y 4.º del título 9.º, libro 2.º, así como pudo llamarlas robos sin que por estas denominaciones dejasen de ser lo que son, apropiaciones de cosas muebles ajenas, contra la voluntad de sus dueños. Y también pudo el Código suprimir los expresados párrafos y tratar de la materia sólo en distintos artículos, sin que esto influyese absolutamente en la esencia ó especie de las cosas.

Y es tan cierto que estos nombres no obedecen siquiera á un principio, que nuestra ley antigua de hurtos y robos llamaba hurtos no sólo á los propiamente tales según el Código, sino á los que éste llama robos con fuerza en las cosas; que los Códigos de Francia y Prusia, entre otros, llaman robos, en general, á todas estas infracciones contra la propiedad; y que Chaveau y Hélie, comentando el artículo 401 del primero de dichos Códigos, que impone una pena especial á ciertos robos que denomina *larcir* y *filouterie*, dice: "La diferencia entre robos y hurtos (que, según Jousse, es la misma que la de nuestro Código), no existe en el uso, que confunde á los unos con los otros; y las palabras que el artículo emplea califican más particularmente los robos ejecutados furtivamente ó por astucia. Pero estos medios de ejecución no ejercen ninguna influencia en los elementos constitutivos del delito (de que habla el artículo 401), que son los mismos del robo."

Y este último pensamiento de Chaveau y Hélie es perfectamente aplicable á todas las causas por las cuales se da á las apropiaciones de cosas ajenas el nombre de robos con violencia é intimidación en las personas ó con fuerza en las cosas; pues la violencia, la intimidación y la fuerza no influyen absolutamente en los elementos constituyentes, sino que son circunstancias accidentales que se toman en cuenta para imponer mayores penas que las del hurto simple, del mismo modo que se tomó en cuenta la cuantía de las cosas hurtadas para gra-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

duar las penas sin que esto varíe tampoco la naturaleza ó especie de estos hurtos. En una palabra, todos los crímenes y simples delitos contra la propiedad y que consistan en apropiarse cosas muebles ajenas contra la voluntad de sus dueños, son de la misma especie, cualesquiera que sean las circunstancias que concurran en su comisión, independientemente de los tres elementos constituyentes, y que forman su naturaleza ó especie.

§ V

Pero los partidarios de que los hurtos y robos son delitos de distinta especie se desentienden de todas estas consideraciones, y no tienen siquiera presente que nuestro Código Penal no habría tenido motivo para innovar en lo dispuesto por el artículo 22 de la ley de 7 de agosto de 1849, que consideraba reincidentes "á los que después de haber sido condenados por hurto ó robo cometieren robo ó hurto." Y ¿cuáles son los motivos que se invocan para interpretar la letra del número 16, artículo 12 en sentido contrario á los principios en que se funda la agravación por reincidencia y á la disposición citada de la ley patria de 7 de agosto de 1849, que era conforme á esos principios? El voto especial del ilustrado y dignísimo regente de la Corte de Concepción recaído en la sentencia 563, página 345 de la *Gaceta* del año 1886, nos da estas razones:

"Lo que da luz sobre este punto, dice el voto, son las disposiciones del título 9.º del Código, que trata de todos los delitos contra la propiedad por el siguiente orden:

"En el párrafo 2.º, del robo con violencia en las personas; en el 3.º, del robo con fuerza en las cosas; en el 4.º, del hurto; en el 6.º, de la usurpación; en el 7.º, de las estafas y engaños; en el 9.º, del incendio y otros estragos; y en el 10.º, de los daños.

"Encuéntrase, pues, aquí con la necesaria distinción todo lo necesario para aplicar lo que en el lenguaje rudimental se entiende por las palabras género, especie ó individuo. Delitos contra la propiedad serían el género; cada uno de los tratados con especialidad en esos párrafos serían las especies que el Legislador ha calificado y penado con distinción; y, en fin, cada hecho determinado vendría á ser un individuo perteneciente á

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

alguna de estas especies. Además, el artículo 432, al definir las primeras, que son el robo y el hurto, las considera también como delitos distintos; pues dice que al apropiarse las cosas con violencia ó fuerza se comete robo, y sin esas circunstancias el delito se califica de hurto. Son, pues, á los ojos de la ley el hurto y el robo delitos distintos, es decir, dos especies distintas de delitos contra la propiedad, y de ningún modo un mismo delito con distintas circunstancias, que más ó menos atenúen ó agraven.»

Desde luego salta á la vista que la doctrina que sustenta ese voto va más lejos aún que la más restrictiva y predominante en el Derecho Romano y en la mayor parte de los Códigos modernos de que antes hemos hablado. Y también salta á la vista que la primera razón de ese voto es aplicable aun á los robos de que el Código trata en párrafos distintos y con más razón á los hurtos que se castigan como crímenes ó simples delitos en el título 9.º del libro 2.º y á los que, por importar diez pesos ó menos, se penan como faltas, no ya en otro párrafo de dicho título, sino en el libro 3.º. Por consiguiente, según esa doctrina, no son tampoco reincidentes los que, después de haber sido penados por un robo con violencia é intimidación en las personas, cometen otro robo con fuerza en las cosas, ó viceversa; ni los que, después de haber sido penados por otro hurto de once pesos, cometen otro de un valor que no suba de diez; ni los que, después de haber sido penados por una falsificación comprendida en uno de los párrafos del título 4.º, cometen otro comprendido en párrafos distintos, ni, en fin, los que, penados por homicidio cometan después un infanticidio, delitos de que se trata en párrafos distintos del título 8.º. Estas consecuencias y otras semejantes que se desprenden de la doctrina que combatimos, revelan que su base no es verdadera.

Para nosotros, que participamos de la doctrina más restrictiva en materia de reincidencia, el error capital de ese voto consiste en que su autor considera que el epígrafe del párrafo 1.º, título 9.º, libro 2.º del Código Penal y el artículo 432, comprenden todos los robos y los hurtos; pues todos ellos, y solamente ellos, son apropiaciones de cosas muebles ajenas contra la voluntad de sus dueños, como se expresa el citado epígrafe;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y porque, determinando los elementos comunes de los hurtos y de los robos que forman su naturaleza ó especie, los considera iguales en esencia y especie y solamente les da un nombre especial en virtud de circunstancias accidentales que pueden concurrir en su comisión, y que en nada varía los elementos constituyentes. Por lo tanto, el género, según la letra del título 9.º, es el de su epígrafe "crímenes y simples delitos contra la propiedad"; y la primera especie es la que cae bajo el epígrafe del párrafo 1.º "apropiación de las cosas muebles ajenas contra la voluntad de sus dueños," y que comprende á los robos y á los hurtos, lo que corrobora además el artículo 432.

El Código está, pues, perfectamente de acuerdo con la teoría más restrictiva de la materia. El epígrafe del artículo 9.º, libro 2.º, determina el género de los crímenes y simples delitos de que se ocupa; el epígrafe del párrafo 1.º, que es común á los robos y á los hurtos, determina la primera especie; los de los párrafos 2.º, 3.º y 4.º, los individuos; y los otros epígrafes de los párrafos 5.º y siguientes las otras especies de crímenes y simples delitos contra la propiedad; de suerte que el Código no acepta siquiera la teoría de Chaveau y Hélie, y Ortolán, que consideran de la misma especie todas estas infracciones.

Y á este respecto, no estará demás la opinión de Oppernof que, comentando el párrafo del Código Penal Prusiano copiado antes, se expresa así: "Resulta de las últimas palabras de este artículo que el acusado será reincidente si después de haber sido penado por un robo simple (hurto), por ejemplo, comete un nuevo robo con circunstancias agravantes que den al hecho el carácter de crimen, ó á la inversa."

Y es también notable que ese Código que llama reincidentes sólo á los que, después de haber sido penados por un crimen ó delito, cometen el mismo crimen ó delito, castiga como reincidentes á los que, después de haber cometido robos ó rapiñas, cometen otro robo; y á los que, habiendo sido penados por una rapiña ó extracción con violencia, cometen otra rapiña, cosas que en el tecnicismo legal de ese Código equivalen á reconocer que son de la misma especie todas las apropiaciones que nosotros llamamos hurtos y robos.

Pero en la materia de que tratamos hay una disposición ex-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

presa del Código Penal que pone punto á la cuestión. Esta es la del artículo 452 que dice así: «El que después de haber sido condenado por robo ó hurto, cometiere cualquiera de estos delitos, además de las penas que le corresponda por el hecho ó hechos en *que hubiere reincidido*, el tribunal podrá imponerle la de sujeción á la vigilancia de la autoridad dentro de los límites fijados en el artículo 25.» Ante esta terminante disposición, que considera reincidentes á los que, después de haber sido penados por robo ó hurto, cometieren cualquiera de estos delitos, se desvanecen los argumentos contrarios, basados en la interpretación de la lètra de otros textos; y tenemos que reconocer que los robos y los hurtos son de la misma especie, no sólo según los principios que la ciencia penal enseña, sino por este precepto claro y terminante.

A. FUENZALIDA

Santiago, 24 de julio de 1888

COMENTARIO DEL TÍTULO PRELIMINAR Y DEL Título Primero del Libro Primero del Código de Comercio.

(Continuación)

Pero como en el caso de impedimento accidental del marido el interés manifiesto de la familia exigirá muchas veces que no se cierren á la mujer las puertas de una especulación lucrativa, quizás indispensable para atender á su subsistencia y á la de los hijos, á que no provee el marido, debemos sostener que la ley en esta parte es deficiente. Puesto que á un impedimento de la especie mencionada no es aplicable el arbitrio escogitado por los artículos 145 y 1758 del Código Civil, que sólo se refieren al caso de impedimento de larga é indefinida duración, habría sido justo y conveniente que la ley facilitara á la mujer el recurso á la justicia; recurso que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tiene el defecto de hacer apreciar por el juez especulaciones con frecuencia ajenas á su criterio, pero que presenta menos inconvenientes que el sistema que á este respecto se deduce de las disposiciones del Código.

Hé aquí la única excepción que habríamos deseado ver consignada en la ley mercantil, la cual, para mayor claridad, pudo también sancionar el precepto que se contiene en el artículo 20 del Código de Comercio Argentino, que dice así: «La mujer no puede ser autorizada por los jueces para ejecutar actos de comercio contra la voluntad de su marido».

Aunque las consideraciones expuestas nos hayan formado la convicción de que las reglas á que debe someterse la mujer casada que se dedique á un tráfico mercantil son únicamente las dictadas por el Código de Comercio, con una sola excepción; y aunque estas consideraciones estén apoyadas en el precepto de la ley civil, que ordena que la mujer casada mercadera está sujeta á las reglas especiales dictadas por aquel Código, (artículo 151 del Código Civil); en vista de las discusiones á que ha solido dar margen esta materia en legislaciones análogas á la nuestra, habría convenido sin duda que el legislador patrio, como el argentino, se hubiera pronunciado expresamente sobre este punto. Así se habría hecho desaparecer toda duda, y evitado toda controversia. Siendo la ley más clara y explícita, su aplicación habría sido más fácil. Debemos, sin embargo, dejar establecido el hecho de no haber llegado á nuestra noticia que, durante la vigencia del Código, se haya intentado hacer suplir por la justicia la autorización marital por causa de negativa ó revocación infundada y perjudicial del marido.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ARTÍCULO 15

LA MUJER QUE COMERCIA CON LA AUTORIZACIÓN EXPRESA Ó TÁCITA OBLIGA Á LA RESPONSABILIDAD DE SUS ACTOS LOS BIENES DE SU MARIDO, LOS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y LOS SUYOS PROPIOS, DE CUALQUIERA NATURALEZA QUE SEAN. SI COMERCIARE CON AUTORIZACIÓN EXPRESA DEL MARIDO, LA ESCRITURA DE AUTORIZACIÓN PODRÁ LIMITAR LA RESPONSABILIDAD, EXCLUYENDO EL MARIDO SUS BIENES Y LOS DE LA SOCIEDAD.

Nos parece conforme á los principios de justicia y equidad que los bienes de ambos cónyuges y los de la sociedad conyugal respondan al cumplimiento de las obligaciones contraídas por la mujer casada comerciante. Con las palabras «de cualquiera naturaleza que sean,» que acentúan el precepto del Legislador haciéndolo más enérgico, parece claro que aquí se propuso disponer que los inmuebles corrieran á este respecto la misma suerte que los muebles.

Sin embargo, en lo que respecta á la enajenación de los bienes raíces de la mujer, no debe perderse de vista el precepto del inciso 2.º del artículo 17.

Cuando la mujer casada comerciante fuere mayor de veintiún años y menor de veinticinco, dice el inciso citado, no podrá vender sus bienes inmuebles sino con los requisitos preceptuados por los artículos 393 y 394 del Código Civil, esto es, mediando previo decreto de juez expedido con conocimiento de causa y por razón de necesidad ó utilidad manifiesta, y haciéndose la venta en pública subasta. Para este caso excepcional, ha establecido el Legislador la misma regla que rige en general, según el artículo 1759 del Código Civil, la enajenación

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de los bienes raíces de la mujer casada, que el marido esté ó pueda estar obligado á restituir en especie, con la sola diferencia de que dicho artículo no impone la obligación de que la venta se haga en pública subasta.

Deberá tenerse presente asimismo que, precediendo decreto de ejecución y embargo sobre los bienes raíces de la mujer casada mayor de veintiún años y menor de veinticinco, no rigen las disposiciones de los antedichos artículos 393 y 394 del Código Civil. Como se ha visto en el comentario del artículo 12, la ley reputa innecesaria la declaración previa de necesidad y utilidad manifiesta, cuando ha precedido aquel decreto.

Para los efectos de la responsabilidad resultante de los actos de la mujer casada comerciante, la ley equipara los bienes de la mujer á los del marido y á los de la sociedad conyugal: todos quedan igualmente afectos á las consecuencias de dichos actos, salvo el caso en que el marido, al otorgar la autorización, haya excluído sus bienes propios y los de la sociedad.

En virtud de la misma naturaleza de las cosas, esta salvedad es sólo aplicable al caso de la autorización expresa, nó al de la tácita.

Parécenos igualmente claro que si bienes del marido ó de la sociedad fueran empleados en las especulaciones emprendidas por la mujer, todos ellos responderían de sus resultas, aunque el marido hubiera cuidado de excluirlos en la escritura de autorización. La circunstancia de formar parte dichos bienes del comercio de la mujer tendría que prevalecer sobre cualquiera exclusión que el marido hubiera pretendido hacer de sus propios bienes ó de los bienes sociales. Desde que el marido los entregue á la mujer para comerciar, quedará sujeto respecto de ellos á las resultas de la especulación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Casi innecesario parece decir que si el marido puede exonerarse de responsabilidad en lo que respecta á todos sus bienes y á todos los bienes sociales, podrá asimismo exonerarse de ella relativamente á los primeros y nó á los segundos, ó viceversa, ó relativamente á una parte cualquiera de los unos ó de los otros, ó de las ambas especies. No hay, en efecto, obstáculo alguno para que el marido renuncie parcialmente el beneficio que bajo este aspecto le concede la ley.

Lös bienes propios de la mujer quedarán en todo caso obligados á responder de los actos mercantiles que ejecute: regla que no se encuentra consignada en el Derecho Civil, según el cual 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 ella reportare del acto. (Art. 146 del Código Civil.)

Como es fácil notarlo, existen, á este respecto, dos diferencias importantes entre el Derecho Común y el mercantil.

Es la una que, conforme al primero, el marido que autoriza á su mujer obliga necesariamente sus bienes y los de la sociedad conyugal á las resultas de la autorización; en tanto que, conforme al segundo, puede el marido que autoriza á su mujer para comerciar limitar la responsabilidad procedente de su autorización, excluyendo sus propios bienes y los bienes sociales.

Es la otra que, según el Derecho Común, la mujer no es responsable con los bienes de su dominio sino hasta concurrencia del beneficio particular que ella reportare del acto; mientras que, según el Derecho mercantil, no

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

hay necesidad de averiguar si ha obtenido ó nó beneficio, y obliga siempre todos sus bienes propios.

Si no puede la mujer ejercer el comercio sino mediante el consentimiento expreso ó tácito de su marido, y si debe presumirse que éste no lo otorga sino en el caso de reputar que aquélla es apta para dirigir la especulación de que se trata, no alcanzamos á vislumbrar la razón determinante del precepto que autoriza al marido para exonerar sus bienes propios de toda responsabilidad procedente de los actos de su mujer.

Á este respecto nos parece preferible la disposición del Derecho Civil, el cual no reconoce semejante facultad al marido.

Inaceptable nos parece que se exponga á la mujer á todos los riesgos de una especulación mercantil, al propio tiempo que se autoriza al marido para exonerarse por completo de ellos.

Es claro que la autorización para comerciar sería otorgada con más prudencia por el marido si éste hubiera de responder al cumplimiento de las obligaciones de su mujer comerciante, con sus bienes propios. Y bien habría merecido esta garantía la mujer, que es la parte más débil y á quien se somete á una subordinación acaso excesiva, respecto de su marido.

Á lo que debe agregarse todavía que, no exigiéndose para el otorgamiento de la autorización otro requisito que una escritura pública, esta formalidad será casi siempre insuficiente para que los terceros contratantes conozcan las limitaciones que pueda contener la autorización.

Por esta razón, discurriendo sobre la base del precepto de este artículo que autoriza al marido para eximirse

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de toda responsabilidad por los actos de su mujer comerciante, habría debido prescribirse al mismo tiempo el empleo de un medio más eficaz de publicidad. Con el sistema actual puede fácilmente verse burlada la buena fe.

Puede, pues, asegurarse que el referido precepto, ni resguarda suficientemente los intereses de la mujer, ni los del comercio en general.

Menos aceptable aún que la facultad que se concede al marido para excluir sus bienes propios, nos parece la que se le concede para excluir los de la sociedad conyugal. Aunque el marido sea respecto de terceros dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus propios bienes formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido pueden perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales (artículo 1750 del Código Civil), la mujer tiene legalmente un interés incuestionable sobre una parte de estos últimos, interés que no deja de existir por no poder hacerse efectivo durante el estado normal del matrimonio, sino en los casos de disolución ó declaración de nulidad del mismo, de presunción de muerte del marido por desaparecimiento, declaración de divorcio perpetuo y separación de bienes.

En vista de la existencia de ese interés, no creemos justo que el marido pueda excluir los bienes sociales del comercio de la mujer, y nos adherimos á la doctrina que sobre esta materia sustenta el nuevo Código de Comercio Español, el cual considera solidariamente obligados á las resultas de la gestión mercantil de la mujer todos sus bienes dotales y parafernales, y todos los bienes y derechos que ambos cónyuges tengan en la comunidad ó sociedad conyugal. (Art. 10.) El Código de Comercio Alemán ha establecido la misma regla, declarando que la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mujer obliga con los actos de su comercio, no sólo todos sus bienes, sino también los de la comunidad, cuando ésta exista entre los cónyuges. (Art. 8.)

Creemos, empero, preferible la doctrina del Código de Comercio á la del Código Civil, en cuanto aquél declara que la mujer es responsable siempre con todos sus bienes propios á las resultas de sus operaciones mercantiles, y en cuanto éste dispone que la mujer, autorizada por su marido, sólo se obligue hasta concurrencia del beneficio particular que ella reportare del acto.

Es perfectamente justo que, subsistiendo su incapacidad relativa, la mujer no responda sino hasta concurrencia del referido beneficio; pero suprimida dicha incapacidad por medio de la autorización del marido, la restricción carece de fundamento. Por otra parte, en la serie de operaciones constitutivas del giro mercantil de la mujer no siempre será fácil determinar si ésta ha reportado ó nó beneficio del acto de que se trate, determinación que exigiría tantas liquidaciones parciales cuantos hubiesen sido los actos de comercio ejecutados. Finalmente, se crearía á la mujer una situación desventajosa y depresiva de su propio crédito comercial, si sólo se le declarara responsable hasta concurrencia del beneficio que ella hubiere reportado de sus operaciones mercantiles.

Dedicada la mujer á la profesión del comercio ¿será lícito á los acreedores del marido hacer efectivos sus derechos sobre los bienes con que comercia la mujer? Es preciso distinguir: ó bien el marido ha excluído sus bienes propios y los de la sociedad, ó bien todos ellos responden, juntamente con los de la mujer, de las obligaciones contraídas por ésta en su comercio. En el primer caso, dichos acreedores no tienen, á nuestro juicio, derecho alguno que los autorice á repetir contra los bienes

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de la mujer, los cuales no han quedado obligados por los actos de que procede la acreencia. La mujer será sólo responsable si se ha hecho más rica mediante la ejecución de los referidos actos, y se entenderá haberse hecho más rica en cuanto las cosas pagadas ó las adquiridas por medio de ellas le hubieren sido necesarias, ó en cuanto las cosas pagadas ó las adquiridas por medio de ellas que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas (art. 1688 del Código Civil): precepto justo y que guarda armonía con el del artículo 146 del mismo Código, y en virtud del cual la mujer que procede con autorización del marido obliga sus bienes propios hasta concurrencia del beneficio particular que ella reportare del acto. Por lo demás, ya hemos expuesto la razón que nos induce á no aceptar en principio, que el Legislador juzgue á este respecto con un mismo criterio el caso en que la mujer proceda sin autorización del marido, y el caso en que proceda autorizada por el mismo.

Si el marido no ha hecho uso de la facultad que le otorga la ley para sustraer sus propios bienes y los bienes sociales á las resultas de las operaciones de la mujer, los acreedores del primero podrán hacer valer sus derechos sobre ellos en los mismos términos que si la hubiese ejercitado. La circunstancia de que el marido no haya querido eximirlos de las susodichas resultas, no cambia la condición de esos bienes en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones á que puedan estar afectos. El derecho de los acreedores del marido permanecerá uno mismo, sin alteración alguna, como si la autorización no hubiese existido. De otro modo nada sería más fácil al marido que sustraerse á sus compromisos: le bas-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

taría conferir autorización á la mujer para comerciar sin hacer exclusión de clase alguna de bienes.

ARTÍCULO 16

La mujer divorciada y la que ha obtenido separación de bienes, siendo mayores de edad, pueden comerciar, previo el registro y publicación de la sentencia de divorcio y separación.

Si la divorciada fuere mayor de veintiún años y menor de veinticinco, deberá obtener habilitación de edad.

Si la mujer separada de bienes fuere mayor de veintiún años y menor de veinticinco, se sujetará á lo dispuesto en el artículo 12.

Se ha visto en los cuatro artículos precedentes de qué manera y bajo qué condiciones puede la mujer casada dedicarse al ejercicio de la profesión mercantil.

Dichos artículos estatuyen para el estado normal del matrimonio. Pero suele suceder que este estado sufre á las veces perturbaciones que, alterando más ó menos profundamente los vínculos que unen á los cónyuges, hacen nacer para ambos nuevas situaciones jurídicas. La mujer puede encontrarse separada de bienes ó perpetuamente divorciada; y el Legislador ha necesitado contemplar estas situaciones para determinar los requisitos mediante cuyo cumplimiento pueda en ellas concederse á la mujer el derecho de tener acceso al comercio.

La mujer separada de bienes no necesita de la autorización del marido para los actos y contratos relativos á la administración y goce de los que separadamente ad-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ministra; y la mujer divorciada administra, con independencia del marido, los bienes que ha sacado del poder de éste, ó que después del divorcio ha adquirido. (Artículos 159 y 173 del Código Civil.)

Consecuente con estos principios, el Código de Comercio ha sancionado que la mujer separada de bienes y la divorciada pueden ser comerciantes. Sólo requiere que registren y publiquen la sentencia de divorcio y separación, á fin de que el público conozca la nueva situación en que se encuentran.

Esta es la regla general que rige cuando la mujer es mayor de edad.

Respecto del caso en que la mujer sea mayor de veintiún años y menor de veinticinco, la redacción del artículo deja concebir que no tendrá más obligación, si es divorciada, que la de obtener habilitación de edad, y si es separada de bienes, que la de obtener el consentimiento del marido, en conformidad á lo dispuesto en el artículo 12.

Confírmase esta inteligencia de la ley comparando el artículo 16 del Código con el artículo 27 del Proyecto, en el cual se decía: «si la mujer divorciada ó separada de bienes fuere menor de veinticinco años, deberá *además* obtener habilitación de edad.» Parece claro que el registro y publicación de la sentencia de divorcio y separación no rezan con la mujer mayor de veintiún años y menor de veinticinco. De otra manera, no se habría suprimido del Proyecto la palabra *además*, la cual significaba que el Legislador exigía copulativamente el uno ó el otro de los requisitos reclamados por el estado de divorcio ó de separación, y el requisito reclamado por el defecto de edad.

Entretanto, si el divorcio y la separación de bienes

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

aconsejaban el registro y publicación de la sentencia que los hubiera declarado, este hecho, en el cual se funda sin duda la ley al establecer dichas formalidades, no ha desaparecido ni siquiera se ha alterado en lo más mínimo por la circunstancia accidental de que la mujer sea menor de edad. Esta circunstancia hará necesario, si se quiere, un nuevo requisito; pero no tiene relación de ninguna especie con las formalidades del registro ó de la publicación de la sentencia. Es evidente que la publicidad á que en esta materia el Legislador ha tratado de proveer, y que es de tan notoria conveniencia en el comercio siempre que va encaminada á revelar la condición de las personas que en él intervienen y los recursos de que pueden echar mano, no se consigue por medio de una habilitación de edad ni tampoco con el consentimiento para comerciar que otorgue el marido á su mujer, conforme á lo dispuesto en el artículo 12, salvo el caso de que éste sea mayor de veintiún años y menor de veinticinco, puesto que entonces la autorización deberá ser aprobada por la justicia, y el decreto aprobatorio registrado y publicado; siendo necesario advertir que esta publicación no dará á conocer forzosamente el estado de separación de bienes.

En cuanto á la forma en que deba efectuarse la publicación, reproducimos las observaciones hechas en el comentario del artículo 12.

La mujer divorciada mayor de veintiuno y menor de veinticinco años, necesita, para ser comerciante, obtener habilitación de edad. Bien habría podido omitirse el establecimiento de este requisito: á los veintiún años ha alcanzado la mujer su completo desarrollo. El hecho del matrimonio habría debido bastar por sí solo para consi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

derarla habilitada por el ministerio de la ley. Según el nuevo Código de Comercio Español, desde esta edad puede la mujer ser comerciante, con la facultad de enajenar é hipotecar los inmuebles de su dominio y los de la comunidad, tanto en el estado normal del matrimonio, cuanto en el de divorcio.

Cuando la mujer mayor de veintiún años y menor de veinticinco esté separada de bienes, se exige que el marido le otorgue la autorización competente, en conformidad á lo dispuesto por el artículo 12. La separación de bienes procede generalmente por alguna de estas tres causas: 1.ª, la insolvencia del marido; 2.ª, la administración fraudulenta del mismo, y 3.ª, el mal estado de los negocios del marido por consecuencia de especulaciones aventuradas, ó de una administración errónea ó descuidada. Á la separación pedida por esta última causal puede oponerse el marido, prestando fianzas ó hipotecas que aseguren suficientemente los intereses de la mujer. (Artículo 155 del Código Civil.)

No es difícil llegar al convencimiento de que, obtenida la separación de bienes por cualquiera de los motivos mencionados, las relaciones entre los cónyuges no han de llevar de ordinario el sello de la cordialidad ni de la benevolencia. Especialmente si la mujer hubiere alcanzado la libre administración de sus bienes á consecuencia de fraude del marido, es natural é inevitable que se produzca entre ellos un rompimiento completo. Sin embargo, en este caso la ley somete la mujer á la voluntad del marido: no podrá comerciar sin su beneplácito. Créase de esta suerte una situación que debemos calificar de chocante, injusta por demás, que prolonga respecto de la mujer, una dependencia que carece en este punto especial de todo fundamento razonable.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Prescindiendo del caso de fraude, la separación de bienes ha de presuponer, á lo menos, que el marido no es apto para administrar con acierto los bienes que haya tenido á su cargo. No es cuerdo que, después de esta prueba de incompetencia, él mismo sea el llamado á decidir si la mujer podrá dedicarse á la profesión del comercio. Ni es aventurado presumir que esta decisión, que debe ser tomada apreciando las aptitudes de la mujer con relación á las operaciones comerciales en general ó á una determinada especulación, adolecerá del mismo defecto que ha hecho perniciosa la administración. En el estado de separación de bienes, todo induce á manifestar que el consentimiento del marido no es necesario ni conveniente y que el Legislador no debía haberlo exigido.

El Proyecto disponía que la mujer separada de bienes debía obtener, del mismo modo que la divorciada, habilitación de edad, regla que no tiene los inconvenientes que hemos señalado. Pero el Legislador abandonó este precepto, fundándose sin duda en que no pueden obtener habilitación de edad las mujeres casadas que viven bajo potestad marital, aunque estén separadas de bienes. (Art. 299 del Código Civil.) Con todo, entre mantener con semejante rigor los principios y llegar hasta la consecuencia que hemos criticado, hay una distancia inmensa. Es un hecho que, en cuanto á las facultades administrativas del marido, la separación de bienes relaja la potestad marital, y nada obstaba á que, en materia mercantil, se hubiera afirmado aún más el propósito que tiende á independizar á la mujer en dicho estado, de tal modo que no tuviera que subordinarse á las determinaciones de una voluntad acaso mal inspirada ó incompetente, sin lugar á recurso alguno ulterior. Por la ley civil tiene siquiera la mujer, en el caso de negativa del marido,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el arbitrio supletorio de la justicia, el cual, aun con sus inconvenientes, es con mucho preferible al sistema establecido á este respecto por el Código de Comercio. Los más elementales principios de equidad aconsejaban que como mínimum se otorgara esta concesión á la mujer.

Por nuestra parte, vamos más lejos, y sostenemos que la mujer separada de bienes, á lo menos desde la edad que fija el Código, debiera ser autorizada para comerciar, sin otro requisito que la publicación de la sentencia de separación. Es preciso reconocer al propio tiempo que el Código ha sido lógico al establecer en este artículo el mismo límite de edad que en los artículos 9 y 12.

ARTÍCULO 17

LA MUJER CASADA, MAYOR DE EDAD, QUE FUERE COMERCIANTE, PUEDE HIPOTECAR Y VENDER LIBREMENTE SUS BIENES INMUEBLES.

SI FUERE MAYOR DE VEINTIÚN AÑOS Y MENOR DE VEINTICINCO, PODRÁ TAMBIÉN HIPOTECAR Y VENDER, OBSERVANDO EN LA VENTA LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 393 Y 394 DEL CÓDIGO CIVIL.

La mujer casada, mayor de edad, comerciante, puede vender é hipotecar sus inmuebles. Puede hipotecar y vender también los inmuebles del marido y los de la sociedad conyugal, si la escritura de autorización no ha limitado la responsabilidad, excluyendo expresamente estos bienes, conforme al artículo 15.

Cuando es mayor de veintiún años y menor de veinticinco, no puede vender sus bienes raíces sino previo decreto del juez, expedido con conocimiento de causa y por razón de necesidad ó utilidad manifiesta, y con la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

condición de que se efectúe la venta en pública subasta. Respecto de la venta de sus inmuebles, la ley equipara la mujer comerciante menor de veinticinco años á las personas sometidas á tutela ó curaduría, siguiendo el mismo sistema que adoptó en el artículo 9.º, respecto de los monores habilitados de edad. De la misma manera que á los habilitados de edad comerciantes, permite la ley á la mujer de que hablamos, hipotecar, pero no enajenar sus bienes raíces; disposición que adolece de los mismos defectos que hicimos notar en la del artículo 9.º

Ya que la ley reconoce que la mujer casada puede ser comerciante desde la edad de veintiún años, la justicia y la conveniencia aconsejaban de consuno que se le hubiera concedido el derecho de obligar sus bienes á las resultas de sus operaciones mercantiles. Buscando una garantía en beneficio de la mujer, no producirá la restricción de ordinario otro resultado que crearle trabas odiosas en el giro de sus negocios. El comercio vive del crédito, y huye de las formalidades que pueden demorar ó entorpecer sus procedimientos. Si sabe que algunos bienes de la mujer no pueden solucionar sus obligaciones sino previos ciertos trámites judiciales, muy probable es que no quiera entrar en negocios con ella; máxime cuando la acción de la mujer puede estar subordinada al juicio de un tercero, extraño á la especulación de que se trate y al comercio en general. De esta suerte podrá muchas veces acontecer que la disposición restrictiva de la ley se convierta precisamente en contra de la persona que con ella el Legislador se propuso beneficiar.

Por otra parte, siendo los valores mobiliarios los que con más frecuencia se emplean en las especulaciones mercantiles, la mujer comerciante podrá comprometer libremente todos los de esta especie que fomenten su giro.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

¿Por qué no se ha preocupado el Legislador de arbitrar medios que resguarden en esta parte sus intereses? Sin duda, la previsión de la ley habría sido en este terreno más fructífera; pero en tal caso no se habría permitido á la mujer el ejercicio libre del comercio. Desde que se reconoce que la mujer casada puede ser comerciante y que, por lo tanto, es apta para obligarse, las limitaciones puestas á su acción contradicen la base en que se ha apoyado la ley al establecer su disposición. De la gestión de sus bienes mobiliarios es de donde pueden originarse á la mujer mayores perjuicios y, sin embargo, es árbitro de dirigirla sin restricción de ninguna especie.

Ya se ha visto lo que con justicia estatuyen á este respecto el nuevo Código Español y el Código Alemán. Según ellos, la mujer casada comerciante es responsable con todos sus bienes, sin necesidad de satisfacer, para ello, requisito alguno.

Se sabe que los artículos 393 y 394 del Código Civil contienen una disposición relativa á la manera cómo deberán proceder los tutores y curadores en la enajenación é hipoteca de ciertos bienes de sus pupilos. La ley ha puesto en la misma condición á las mujeres casadas comerciantes que no han cumplido veinticinco años, no obstante existir un precepto expreso, el del artículo 1754 del citado Código, que determina los requisitos necesarios para enajenar los bienes raíces de las mujeres casadas. Aquellos artículos y este último establecen que para la venta se ha de probar la necesidad ó la utilidad manifiesta del contrato; pero el referente á las mujeres casadas no exige que la venta se efectúe en pública subasta. Citando este artículo, la ley mercantil habría omitido una restricción que será con frecuencia puramente no-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

minal y armonizado á este respecto el sistema del Código de Comercio con el del Código Civil.

José Alfonso

(Continuará)

LIGERO ESTUDIO SOBRE TRES DE LAS PRINCIPALES reformas del nuevo Proyecto de Código de Minería.

Introducción

Los principios económicos que dominaban en la época en que se promulgó el actual Código de Minería, la postración misma de la industria minera en esa época, los límites estrechos que formaban el campo de las empresas industriales, aplicadas á la minería, fueron las causas que hicieron predominar reglas en la redacción de este Código, que hoy en día no pueden encontrar aplicación.

Aparte de esto, los industriales mineros, que forman exclusivamente la base de las poblaciones de las provincias del norte, estaban familiarizados con las disposiciones sencillas, bien comprensibles, de la Ordenanza de México ó Nueva España, que formaban, por decirlo así, el fondo principal de instrucción de los que se dedicaban al rudo trabajo de las minas.

De ahí sin duda que ciertas innovaciones establecidas en el Código vigente, una verdadera ó aparente contradicción entre varias de sus disposiciones, con la facilidad que ellas han podido prestar á largos é interminables litigios en la constitución de la propiedad minera, principalmente en los nuevos é importantes centros mineros descubiertos en la vasta región que se extiende desde los límites del departamento de Copiapó hasta el territorio de Antofagasta, manifiestan la necesidad imperiosa de reformar varias disposiciones del Código vigente.

Por otra parte, los ricos é importantes territorios que forman hoy día y formarán parte integrante de nuestro suelo, demandan el ensanche de la propiedad minera, mayores facilidades en su constitución y sobre todo mayor eficacia en la conservación de esa propiedad, que ha tenido hasta ahora un carácter

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tan anómalo, tan excepcional y variable, que no basta para fijar ni la aplicación del capital ni aun el trabajo industrial del propietario.

Las legislaciones especiales, las que no pueden tomar su fuente en los principios invariables de la justicia, las que salen de la esfera del Derecho común, que es base y fundamento de todas las legislaciones modernas, tienen forzosamente que modificarse según el desarrollo de la industria á que se aplican, según las necesidades que nacen para ella y los obstáculos que pueden encontrar en su camino.

No hay industria que tenga un carácter más peculiar que la que se aplica al trabajo de las minas, pues ella varía y se modifica no sólo por los diferentes sistemas de aplicación, por los adelantos y descubrimientos de la ciencia, sino principalmente por la naturaleza del suelo en que se ejerce y por la multiplicidad de especulaciones á que puede dar lugar.

De aquí la necesidad reclamada unánimemente de una reforma en la legislación de minas.

Después de importantes trabajos y de largos estudios, han llegado las diversas comisiones encargadas de presentar esta reforma, á formular un proyecto de Código que ha sido ya aprobado por una de las ramas del Poder Legislativo y que sin duda está llamado á propender al desarrollo de la industria ó por lo menos á la constitución de la propiedad minera sobre una base sólida é inalterable.

Las tres principales reformas de que vamos á ocuparnos son las siguientes:

1.ª El pago de una patente, como base para constituir la propiedad minera.

2.ª La tramitación que debe darse á los juicios sobre minas, y

3.ª La extensión de terreno que constituye la propiedad minera en los casos de descubrimiento.

I.—El Código vigente reclama para el amparo de una pertenencia el trabajo constante de cuatro operarios ocupados en alguna obra exterior ó interior, verdaderamente conducente á la explotación, y al mismo tiempo exige que el trabajo no pueda abandonarse durante cuatro meses, so pena que el propietario pierda sus derechos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Establece la ley con esta disposición, como base para constituir la propiedad minera, el amparo de ella por medio del trabajo constante y útil, y castiga la falta de este trabajo con la pérdida de la propiedad por medio del denuncio por despueble.

Veamos los inconvenientes y dificultades á que da origen la aplicación de esta disposición.

Desde luego, tenemos que se impone al minero la obligación de emplear á lo menos cuatro operarios en el laboreo de su mina. El trabajo de este reducido número de operarios en ningún caso sirve para sacar una utilidad provechosa de la mina, y en la generalidad de los casos apenas se alcanza á sacar provecho para remunerar el servicio de estos mismos operarios.

No se consigue, pues, con este sistema de amparo dar impulso y desarrollo á la minería, ni se facilitan al minero los caminos necesarios para que pueda llegar á procurarse los capitales y medios que lo pongan en estado de trabajar y explotar su mina de manera de poder sacar de ella una utilidad que compense sus sacrificios.

Con mucha mayor razón se hace sentir este inconveniente si el minero sólo cuenta con pequeños recursos ó si la mina se encuentra en medio de un desierto.

Por otra parte, el origen de los innumerables litigios que se suscitan sobre la propiedad de las minas, tiene su principal causa en este sistema de amparo.

El denuncio por despueble que reconoce la ley, es uno de los medios más fáciles de que se valen algunos mineros para entablar pleitos y apoderarse de pertenencias ajenas. Y por el contrario, también facilita él el medio de desamparar una mina y oponerse al denuncio burlando la ley por la dificultad que existe de probar la falta de trabajo durante cuatro meses.

Basta el hecho de establecer el Código que puede denunciarse una mina por despueble, cuando suspendidos alternativamente los trabajos de cuatro operarios sin alcanzar á cuatro meses la suspensión, quedase la mina sin trabajo doscientos días en un año, contados desde el primer día de la suspensión, para convencerse de las dificultades con que tropezaría un minero que quisiera justificar este hecho.

Las minas generalmente se encuentran situadas en lugares

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

apartados y desiertos, y muy difícil es llegar á probar que el trabajo en ellas ha faltado durante doscientos días en un año alternativamente ó durante cuatro meses consecutivos; y no probándose esta falta de trabajo, se deja al denunciante en la imposibilidad de adquirir la mina denunciada. Y el poseedor de ella puede conservar su posesión sin trabajarla.

Estos defectos é inconvenientes son los que el nuevo proyecto vendría á subsanar, estableciendo como base para constituir la propiedad minera el pago de una patente fiscal.

El artículo 13, título I, del proyecto dice: La ley concede la propiedad perpetua de las minas á los particulares, bajo la condición de pagar anualmente una patente por cada hectárea de extensión superficial que comprendan y sólo se entiende perdida esa propiedad y devuelta al Estado, por la falta de cumplimiento de aquella condición y previos los trámites expresamente prevenidos en este Código.

El pago de esta patente constituye la base de la propiedad minera, y por este sistema puede el descubridor estar seguro de su pertenencia sin temor de que ella pueda ser denunciada, pudiendo dedicarse tranquilo á buscar los capitales necesarios para explotar su mina.

Con la adopción de este sistema desaparecerán por completo los pleitos, y la industria minera entrará en una éra de adelanto y desarrollo que vendrá á constituir la principal riqueza del país.

II.—Para completar esta reforma, el nuevo proyecto, en su artículo 151, da reglas especiales para los juicios en materia de minas, que hacen mucho más fácil y corta su tramitación.

Estas reglas son las siguientes:

No hay fuero privilegiado en los juicios sobre descubrimientos, denuncios, pertenencias, mensuras y en general en todos aquellos en que se reclama un derecho concedido por el presente Código.

En los juicios á que se refiere el artículo anterior, no se admitirán más escritos que los de demanda y contestación, y una vez presentados, se citará á una audiencia verbal.

En esa misma audiencia el juez citará á las partes para oír sentencia,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

1.º Si la cuestión ó cuestiones materia del pleito fuesen de puro derecho.

2.º Si las partes estuvieren conformes en los hechos ó resultare su conformidad de las interrogaciones que el juez ha debido hacerles en la sesión.

3.º Si los hechos estuvieren probados por los documentos presentados, que hubieren sido reconocidos ó aceptados como válidos por la parte contra quien se presentan.

4.º Si las partes convinieren en que el juez pronuncie sentencia en vista de los antecedentes que hasta entonces obren en el juicio.

La prueba testimonial será rendida ante el juez en audiencia pública, y la parte contra quien se presentare el testigo tendrá derecho de repreguntarlo aun en la misma audiencia.

Las partes pueden convenir, sin embargo, en que la prueba se rinda con arreglo á la ley común.

Por recargo de ocupaciones del juzgado, podrá relegarse la recepción de la prueba al juez especial de alzada, de que habla el artículo 38 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales.

No se admitirán más de diez testigos por cada parte.

Expirado el término probatorio y hecha publicación de probanzas, el juez citará á comparendo, y con lo expuesto en él por los interesados, verbalmente ó por escrito, quedarán citados para oír sentencia.

Los comparendos se verificarán con asistencia de cualquiera de las partes.

Basta un ligero examen de estas disposiciones para comprender que ellas facilitan notablemente el procedimiento, y contribuirán también, sin duda, á hacer menos frecuentes, largos y costosos los juicios sobre minas.

III.—No es menos importante y transcendental la reforma que el actual proyecto introduce en la manera de constituir la propiedad minera y en la extensión que abarca el derecho del descubridor.

Abandonándose ya la fórmula de la antigua Ordenanza de México, que adoptó el Código vigente en el artículo 26, se establece el derecho de descubridor en un número determinado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de pertenencias continuas ó discontinuas, el Proyecto actual establece en su artículo 37, que la pertenencia para las minas á que se refiere el inciso 1.º del artículo 2.º, es decir, las de oro plata, cobre y demás sustancias minerales que pueden comprenderse bajo la denominación de minerales metálicos, es un sólido de base rectangular y de profundidad indefinida dentro de los planes verticales que lo limitan, comprendiendo una extensión de diez hectáreas como máximum y de una hectárea como mínimum, á voluntad del registrador.

Para las sustancias minerales á que se refiere el inciso 2.º del artículo 2.º, es decir, los minerales no metálicos, la pertenencia comprenderá hasta cincuenta hectáreas.

Y otorgada la propiedad de las minas según las prescripciones que establece el proyecto actual, en el artículo 38 se ordena que, labrado el pozo ó bocamina, el registrador alindere provisionalmente su pertenencia, ratifique su registro con las circunstancias que caracterizan su mina y los rumbos hacia los cuales ha medido y alinderado.

Complementa estas disposiciones lo establecido en el artículo 53 del Proyecto, que manda constituir el título definitivo en la forma que lo ha señalado ó pedido el interesado, ó como entonces lo pida, si no hay colindantes ó contradicción y con la sola condición de que el pozo ó bocamina quede dentro de la pertenencia.

Basta sólo enunciar estas disposiciones para convencerse que con la aplicación de ellas van á desaparecer las interminables cuestiones sobre dirección ó rumbo de los veneros descubiertos, sobre su inclinación ó recuesto y sobre la demarcación especial del terreno que por la disposición de la ley y por el hecho del descubrimiento se adquiere.

Terminaremos manifestando que con la aplicación en la práctica de estas tres importantes reformas, se llena la necesidad tan imperiosa de alejar de tan importante ramo de la riqueza pública los tropiezos que se oponían á su desarrollo.

ALFREDO CABEZÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

NOTIFICACIONES JUDICIALES

Con vivo interés hemos leído los artículos que se han publicado en esta REVISTA y que consignan las observaciones que el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil ha sugerido á algunos magistrados y abogados estudiosos.

En nuestra opinión, ese proyecto, con el respeto debido á los jurisconsultos que en su redacción han tomado parte, si bien en ciertas materias, tales como los juicios posesorios, ha introducido reformas de verdadera importancia positiva y que se hallan más en armonía con la ley constitucional, en la mayor parte de sus disposiciones no es otra cosa que la reproducción por artículos de las antiguas leyes españolas de procedimiento y de nuestras prácticas judiciales; en una palabra, no es más que el Prontuario del señor Lira, codificado, pero sin la esmerada redacción y consiguiente claridad que á esta obra distinguen.

Es un principio de Derecho que el de demandar no tiene limitación alguna, lo que equivale á decir que no hay ningún derecho, por más claro que él sea, que no pueda estar sujeto á juicio, y, en consecuencia, en situación incierta esa condición de vida que se denomina propiedad; la cual, por más bien determinada que se halle en el Código respectivo, de poco sirve si el de Procedimientos no consulta las reglas más sencillas y expeditas para declarar á quién ella pertenece cuando dos ó más personas se la disputan.

En el fondo, todo juicio no es otra cosa que la petición ó negación de un derecho de que otro se halla en posesión. No es, por lo tanto, un negocio que interese solamente á una persona en cuyas facultades esté la de hacer muy largo ó interminable el esclarecimiento del Derecho controvertido. Por lo contrario, y es un principio de derecho, que en cierto estado del juicio, éste se convierte en un cuasi-contrato, y, por lo mismo, en fuente de obligaciones recíprocas de parte de los contendientes.

Á juicio nuestro, los trabajos á que nos hemos referido, como el Proyecto mismo, no han tomado suficientemente en consideración las ideas capitales que deben presidir en la composición

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de un buen Código de Procedimientos, y que no son otras que la justicia y conveniencia de que los derechos de las personas, cuando llegan á hallarse en esa situación incierta que un juicio les crea, sean declarados en el menor tiempo posible, y adquieran así la consagración de estabilidad que les da una sentencia de término.

Y esta condición esencial de las leyes de enjuiciamiento era tanto más digna de haber sido consultada en el Proyecto, cuanto que ella se refiere, no solamente al interés privado de las partes, sino que también lleva en sí un verdadero principio ó elemento de utilidad social, ya que administración de justicia breve y expedita significa facilidad, y acaso estímulo, para las transacciones del comercio y de la industria, factores ambos los más importantes del progreso y para los cuales el tiempo es oro, según la expresión al uso.

Hay pocas legislaciones que, como la española, hayan ejercido su imperio en dominios más vastos, tan vastos que en ellos "no se ponía el sol." Y, como lo observa Sumner Maine, se sabe que es una ley social la de que las instituciones particulares tienen tanto mayor vitalidad y tenacidad cuanto mayor es el espacio en que ellas han ejercido su dominio. Y esta, en apariencia sencilla, pero profunda observación del profesor inglés, es la que explica, á nuestro juicio, la causa de que aún nos hallemos regidos en materias de enjuiciamiento, por las Partidas, Novísima Recopilación, etc.; bien que, como también lo hace notar Sumner Maine, en la evolución del Derecho las leyes sustantivas han precedido siempre á las de procedimiento, observación que entre nosotros se halla plenamente comprobada, demasiado comprobada, pues el Código Civil tiene ya más de un tercio de siglo, y el de Enjuiciamiento no pasa aún de mero proyecto.

***

Dentro de nuestro actual sistema de procedimiento civil, que continuará viviendo robusta vida, si los ilustrados miembros de la Comisión Revisora no ponen mano en el Proyecto que ahora estudian, dos son, entre otras, las causas que principalmente influyen en el retardo de los juicios.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En primer lugar, lo que en el lenguaje del caso se denomina un *artículo*, y en que tan fecundos son los que no tienen el título de abogado. En segundo, el sistema de notificaciones, que continuará siendo el mismo si el Proyecto llega á ser ley, como puede notarse con la simple lectura del título VI del libro 1.º, que no contiene otra disposición nueva y muy práctica que la del inciso 2.º del artículo 45, disposición que el sentido común había hecho ya adoptar en algunos juzgados, sin perjuicio de varias revocaciones de los tribunales de alzada, de autos que declararon válida la notificación que ese inciso establece.

Dentro de dicho sistema, los abusos para retardar la marcha de los juicios han llegado á tal punto, que en juicios como el ejecutivo, la ley que lo rige y que tuvo en vista hacerlo lo más breve posible, ha pasado á ser poco menos que letra muerta.

Litigantes hay que no sólo rehuyen las notificaciones de decretos ó resoluciones recaídas en solicitudes de la parte contraria, sino también en las propias, pues no es raro ver en los juzgados á personas que llegan á la secretaría como á hurtadillas; dejan ahí un escrito, que probablemente contiene un artículo, y no se les ve más. Para notificar á tales individuos es necesario abrir una verdadera campaña: el receptor certifica que una vez cada día, y en tres días hábiles y á horas competentes, ha buscado á N. en su casa y que no estaba en ella; pero que estaba en el pueblo ó no estaba, etc. Y aquí viene la notificación por cédula, si así se había pedido ó decretado, porque, si nó, hay que presentar un escrito para que el juez la ordene. Mientras tanto, N. ha ido á dejar á la secretaría otro escrito en que deduce un nuevo artículo, y la campaña para notificarle la providencia que en él recaiga, también se abre de nuevo.

La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales que consulta algunas disposiciones tendentes á evitar esos abusos, tal como la del último inciso del artículo 400, pero que no puede tener aplicación en varios departamentos por no haber en ellos procuradores del número, dejó á los litigantes en primera instancia completa libertad para encomendar la dirección de sus juicios á las personas que tuvieran á bien. No censuramos esta disposición; pero por lo mismo, creemos que el Proyecto debió tomarla más en cuenta al establecer el procedi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

miento en la parte relativa á las notificaciones, y eso es lo que no ha hecho en materia de tanta transcendencia.

Á este respecto, el proyecto del señor Vargas Fontecilla vale mucho más que el que revisa actualmente la Comisión nombrada hace algunos meses, pues en aquel se ve una comprensión bien clara de lo que es un juicio y de las obligaciones que pesan sobre las partes por el hecho de demandar ó de ser demandado, y que hemos bosquejado al principio.

Hemos oído que el sistema adoptado por el señor Vargas Fontecilla es muy parecido al que se sigue en Buenos Aires y que produce allí excelentes resultados. No nos consta el hecho, pero creemos que la Comisión Revisora de nuestro Proyecto haría una obra de verdadero progreso en las prácticas judiciales que nos rigen, volviendo al sistema del señor Vargas Fontecilla, siquiera aceptándolo en sus lineamientos principales.

El señor don José Bernardo Lira, cuyas ideas, como se sabe, prevalecieron en la composición de aquel Proyecto, nos decía una vez que el del señor Vargas Fontecilla le parecía un poco revolucionario. Olvidaba el querido maestro que nuestros Códigos Civily Penal, por el primero de los cuales tenía grande estimación, fueron también revolucionarios; pero revolucionarios del Derecho, que, si no han dado todos los frutos que están llamados á producir, es sólo porque les ha faltado su complemento, aquello que podría denominarse la parte artística de una legislación, un buen Código de Enjuiciamiento.

L. O.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

BIBLIOGRAFÍA DE DERECHO PÚBLICO

(Del libro intitulado «Gobierno Parlamentario y Sistema Representativo»)

Siendo el objeto de nuestro libro difundir ideas en materia de Gobierno Parlamentario y Sistema Representativo que consideramos la reproducción exacta de lo que en ciencia constitucional se acepta como axioma y verdades indiscutibles, y deseando que la juventud y los hombres aficionados á la política encuentren facilidades para profundizar los estudios que hemos hecho á la ligera, estimamos indispensable completar nuestro trabajo con una bibliografía más ó menos detallada de los libros que hemos citado, de los que han servido de base á nuestras investigaciones y de los que nos han alumbrado en el análisis de los transcendentales problemas de Derecho Público que hemos intentado resolver.

I

1.º *Defensa de la Constitución de los Estados Unidos de América, ó sea, necesidad de establecer el equilibrio en los poderes de un gobierno libre*, por John Adams. Escrito durante la permanencia de este grande estadista en Europa, se encuentra en él un material muy abundante acerca del origen y discusión de la Constitución norte-americana.

2.º *Espíritu de las leyes*, por Montesquieu. París, 1809. Estimamos inútil hablar de esta obra á hombres ilustrados.

3.º *Curso de Política Constitucional*, por Benjamín Constant. Traducción de Marcial Antonio López. Burdeos, 1823. Esta obra es de las más claras, de las más metódicas y de las más serias que pueden consultarse. Como se sabe, Constant fué un preclaro orador liberal que contribuyó mucho á la reforma constitucional de Francia á contar desde el tiempo de Napoleón I.

4.º *Ensayos sobre la separación de los Poderes*, por Saint Gi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

rons. Es un tratado bien hecho, en el cual se trata de sostener que sólo hay dos poderes, el Ejecutivo y el Legislativo.

5.° *La Constitución inglesa*, por W. Bagehot. Traducción de M. Gaulhiac. París, 1869. Este tratadista es reputado como uno de los primeros constitucionalistas ingleses. Es un gran pensador que ha publicado libros muy notables sobre la organización financiera de Inglaterra y sobre el origen de las naciones. Este último ha sido traducido al español por Estassen.

6.° *Derecho Público Universal*, por J. G. Bluntschli. Traducción de los señores A. García Moreno y J. Arteaga García. Madrid, 1880. Es el publicista más concienzudo de la Alemania contemporánea.

7.° *El Gobierno Representativo*, por Stuart Mill. Traducción de Florentino González. Valparaíso, 1865. Es también inútil hablar de este gran pensador, cuyas doctrinas han hecho más por la libertad y por el derecho que varias revoluciones.

8.° *La Libertad*, por Stuart Mill. Traducción de M. Dupont White. París, 1864.

9.° *Principios de Economía Política con algunas de sus aplicaciones á la Economía Social*, por Stuart Mill. Traducción de MM. Dussarc y Courcelle Seneuil. París, 1854.

10. *La Libertad Civil y el Gobierno propio*, por el doctor Francisco Lieber. Traducción de don Florentino González. París, 1872. Es un verdadero monumento en materia de ciencia constitucional. Hay en ella profundo estudio y grande investigación.

11. *Las instituciones federales en los Estados Unidos*, por José S. Bazán. Madrid, 1883. Es muy curiosa, tanto por haber sido escrita en época muy moderna, como por haber sido hecha con mucho conocimiento de la materia.

12. *Lecciones de Derecho Constitucional*, por Eugenio María Hostos, publicadas en Santo Domingo en 1887. Consta de tres partes: en la primera trata del objeto de la ciencia constitucional; en la segunda, da las bases de una constitución y en la tercera, estudia la Constitución del Estado y las funciones y operaciones del Poder. El trabajo del señor Hostos es de lo más completo y filosófico que se haya hecho sobre la materia.

13. *Cien años de república en los Estados Unidos*, por el du-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que de Noailles. París, 1886. Tiene el mérito de haber sido escrita en 1886 con grande acopio de datos. Ha salido á luz sólo el tomo I.

14. *Cuestiones constitucionales*, por W. E. Gladstone. Traducción castellana con un prólogo de Cañamaque. Madrid, 1882. Todo el mundo sabe la importancia de este grande hombre de Estado.

15. *Discurso* de Gladstone, edición hecha en Londres en 1885, por Henry W. Lucy.

16. *Comentarios sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, por J. Story. Traducción de Nicolás A. Calvo, Buenos Aires, 1881. Este autor, en compañía de Kent y de los redactores de *El Federalista*, son sin duda los mejores comentadores de la Constitución norte-americana.

17. *El Individuo contra el Estado*, por Herbert Spencer. Traducción castellana de Ciro García del Mazo, Sevilla, 1885. Nadie dejará de reconocer que es quizás el primer escritor de filosofía política del siglo.

18. *Estudios Políticos y Sociales*, por Herbert Spencer. Traducción de Ciro García del Mazo, Sevilla, 1886. Recomendamos especialmente los que llevan por título *El Gobierno Representativo y la Sabiduría Colectiva.*

19. *Ingerencia de los partidos en la justicia y en la administración*, por Minghetti. Es un libro de actualidad, publicado por tan distinguido estadista italiano en 1881.

20. *Estudios sobre la Constitución de los Estados Unidos*, por Laboulaye. Traducción de Joaquín Guichot, Madrid, 1869. Es una obra clásica é indispensable para el que quiera conocer á fondo el mecanismo del Gobierno norte-americano.

21. *El Estado y sus límites*, por Laboulaye, París, 1871. Este tratadista reunió con dicho título nueve estudios diversos. Sólo el primero, que fué escrito en noviembre de 1869, corresponde al título.

22. *Estudios sobre las constituciones de los pueblos libres*, por Sismonde de Sismondi. Traducción castellana publicada en Madrid, en 1843, por los señores León José Serrano y Felipe Picón García. Es una obra clásica.

23. *Del Gobierno y Jurisprudencia constitucional de los Esta-*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dos Unidos, por James Kent. Traducción publicada en Buenos Aires en 1865 por don Alejandro Carrasco Albano.

24. *Historia Constitucional de Inglaterra desde el advenimiento de Jorge III*, por sir Thomas Erskine May. Traducción castellana publicada en Madrid en 1883 por don Juan Izaguirre. Es una historia magistralmente escrita y con un acopio de datos sorprendente.

25. *La Inglaterra Política y Social*, por Augusto Laugel. Fué publicada en París en 1873 y contiene estudios sobre la sociedad política inglesa, de mucho interés.

26. *Memorias para servir á la historia de mi tiempo*, por M. Guizot. París, 1870. Es una narración muy curiosa y que se lee con el interés de una novela acerca de los acontecimientos políticos en que tan distinguido estadista tomó parte como actor ó como testigo.

27. *Historia de los orígenes de los gobiernos representativos en Europa*, por M. Guizot. Bruselas, 1851. Es un arsenal muy fecundo de datos históricos.

28. Gumersindo de Azcárate. Este concienzudo jurisconsulto español ha dado á la estampa en los últimos tiempos, los siguientes libros que recomendamos en alto grado: *El Self Government y la Monarquía doctrinaria*. Madrid, 1877. *Tratados de Política*. Madrid, 1883. *El Régimen Parlamentario en la práctica*. Madrid, 1885. *La Constitución inglesa y la Política del Continente*. Madrid, 1868. *Estudios Filosóficos y Políticos*. Madrid, 1877.

29. *Ensayo sobre la historia del Gobierno y de la Constitución británica*, por el conde John Russell. Traducción de Carlos Bernardo Derosne. París, 1865. ¿Quién no conoce á este grande orador y político inglés?

30. *Los Estados Unidos contemporáneos*, por Claudio Jannet. Este libro, publicado en París en 1876, aunque escrito con alguna exageración y con cierto espíritu de prevención, sin embargo, está lleno de curiosos datos históricos.

31. *El Poder Legislativo*, por Jiménez Justino de Aréchaga. Es un estudio notablemente bien hecho, publicado en Montevideo en 1887. Este mismo escritor es autor de *Libertad Política*, no menos concienzudo que el anterior.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

32. *Obras Completas* de Federico Bastiat, París, 1855. Han sido ordenadas por P. Paillottet. Es superfluo decir nada sobre los méritos de tan insigne economista.

33. *El rol del Estado en el orden económico*, por Edmond Villey. Este libro fué coronado por el Instituto de Francia y mereció el «Premio del conde Rossi» en el concurso de 1881. París, 1882.

34. *El Individuo y el Estado*, por M. Dupont White. París, 1865. Auuque algo exagerado en sus doctrinas, ha hecho estudios profundos sobre la materia.

35. *La Centralización*, por el mismo autor. París, 1876.

36. *El Socialismo del Estado*, por León Say. París, 1884. Es una reunión de las conferencias dadas por el autor en el círculo Saint Simon en 1884 y tendentes á demostrar los esfuerzos centralizadores que se hacen en Inglaterra, en Francia y en Italia.

37. *Ensayos sobre los límites de la acción del Estado*, por Guillermo de Humboldt. Este libro, traducido por Henry Chrétian en 1867, tiene el gran mérito de ser uno de los primeros que se escribieron sobre la materia. París, 1867.

38. *La Ciencia Económica*, por Ives Guyot, París, 1881. Es un libro muy bien hecho, pero por desgracia el autor lleva sus doctrinas á un grado de exageración tal, que es peligroso y perturbador.

39. *Rol del Estado en el orden económico ó Economía Política y Socialismo*, por Alfredo Jourdan. Esta obra fué, junto con la de Villey, coronada por el Instituto de Francia y obtuvo el «Premio de Rossi». París, 1882.

40. *Discursos y defensas políticas* de León Gambetta, publicado por José Reinach. París, 1881. Será difícil que haya algún hombre público que desconozca á este grande orador y estadista. Todo el que desee conocer á fondo lo que significa el *oportunismo*, ó sea, *política científica*, debe leer los discursos de Gambetta y con especialidad las interesantes biografías que le han hecho M. Emile Neucastel en 1885 y M. Joseph Reinach.

41. *Recopilación de las constituciones vigentes en Europa y América*, hecha por don Francisco de Heredia en 1884.

42. *Ensayos sobre el Gobierno Popular*, por sir Henry Sumner

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Maine, traducidos al francés. París, 1887. Es una obra maestra de ciencia constitucional.

43. *La administración local en Francia y en Inglaterra*, por Paul Leroy Beaulieu. Es un estudio hecho con mucha ciencia, profundidad y conocimiento del asunto.

44. *Reflexiones sobre la revolución de Francia*, por Edmundo Burke. París, 1790. Aunque este grande orador inglés se dejó llevar por su alma de fuego más allá de la justicia y de la imparcialidad en las apreciaciones que ha hecho sobre la revolución francesa, no por ello su libro deja de ofrecer un grande interés histórico y político.

45. *Tratado de Washington*, por Caleb Cushing.

46. *Apuntes sobre el Estado de Virginia*, por Jefferson. Ya hemos hablado del autor, que es uno de los más avanzados estadistas liberales de los Estados Unidos. En su administración comenzó la cuestión sobre la esclavitud que estalló en tiempo de Lincoln.

47. *Los cuatro Jorges*, por Tackeray. El que desee conocer la vida íntima de palacio durante el reinado de estos monarcas, debe leer este libro que está escrito con suma gracia. París, traducción de L. Foyer, 1869.

48. *Historia de Inglaterra*, por H. Reynald. París, 1875. Como compendio de la historia constitucional y parlamentaria de Inglaterra, es de los más claros, metódicos y comprensivos.

49. *La Constitución francesa de 1875*, por Alfonso Bard y Paul Robiguet. Segunda edición. París, 1878. Es un bello libro lleno de datos muy instructivos acerca de la historia contemporánea y de los orígenes de la actual República Francesa.

50. *El bonapartismo bajo la República*, por Jules Richard. París, 1883. Junto con el anterior, es un libro muy útil para conocer la política parlamentaria de la Francia contemporánea.

51. *La República conservadora*, por Ernesto Duvergier de Hauvanne. París, 1873. Estudio muy bien hecho y que expone con lógica y rara franqueza los peligros del parlamentarismo.

52. *Historia del príncipe Bismarck*, por Edouard Simon. Tanto esta obra como su gemela sobre el reinado del emperador Guillermo, son indispensables para conocer la historia de la grande evolución unitaria de la Alemania.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

53. *La Alemania de M. de Bismarck*, por A. Pigeon. París, 1875. Tan útil como las anteriores.

54. *La sociedad de Berlín*, por el conde Vasili. Se sabe que éste es un seudónimo. Con este mismo se han dado á luz historias muy interesantes acerca de las sociedades de Londres, París, Madrid, Roma, Viena y San Petersburgo.

55. *Bismarck*, por Mme. Dronsart. París, 1887. Hay numerosos documentos y datos sobre tan eminente diplomático.

56. *El Conde de Cavour*, por M. Charles de Mazade, París, 1877. Es un notable estudio biográfico.

II

Las obras anteriores son las que han sido citadas en el curso del libro.

Completaremos esta bibliografía con la enumeración de otras obras de importancia que han sido y son nuestros más sabios mentores cada vez que nos hemos entregado al estudio del Derecho Público y de la ciencia constitucional, que son de nuestra predilección.

Prevenimos que sólo enunciaremos aquellas que tengan alguna relación con los diversos capítulos de nuestro estudio.

1.º *El Federalista.* Esta fué una publicación periódica hecha entre 1787 y 1788 por los notabilísimos constitucionalistas norteamericanos Hamilton, Madison y Jay, con el objeto de explicar y defender la Carta Fundamental de esa gran República. Este periódico consta de ochenta y cinco números, de los cuales cincuenta y uno se atribuyen á Hamilton, veintinueve á Madison y cinco á Jay. Para que se comprenda la importancia de esta obra, nos basta reproducir la opinión que sobre ella ha dado el ilustre Kent: «No conozco obra sobre los principios de gobierno libre que pueda compararse, como valor instructivo é intrínseco, al pequeño volumen titulado *El Federalista;* aun cuando lo comparemos con Aristóteles, Cicerón, Maquiavelo, Montesquieu, Milton, Locke ó Burke.

2.º *Estudio de Derecho Constitucional. Francia, Inglaterra, Estados Unidos*, por E. Boutmy. París, 1885. Es el primer es-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

critor de ciencia constitucional que posee la Francia contemporánea. Es autor de otros libros y presidente de la Sociedad de Enseñanza Superior.

3.° *Manual del Derecho Parlamentario*, por Tomás Jefferson, traducción de don Joaquín Ortega. París, 1827. Es un compendio muy bien hecho de las prácticas parlamentarias en Estados Unidos y en Inglaterra.

4.° *La Democracia en América*, por Alejandro de Tocqueville, traducción castellana publicada en Madrid en 1854. Es una obra clásica y conocida por todo el mundo.

5.° *Diccionario General de la Política*, por Maurice Block. París, 1884. Es un arsenal fecundo de datos estadísticos é históricos.

6.° *La Constitución Inglesa*, por Juan Luis de Lolme, traducción hecha en Madrid en 1847. Es también una obra clásica.

7.° *La Gran Carta*, por Camilo Rousset. Traducción publicada en Santiago en 1859. Es indispensable para conocer el origen constitucional inglés.

8.° *La Inglaterra. Su gobierno y sus instituciones*, por A. de Fonblanque. Traducción de Dreyfus. París, 1881. Es un manual de Derecho Constitucional inglés admirablemente bien condensado.

9.° *Tratado de Derecho Administrativo español*, por don Fermín Abella. Madrid, 1886. El que quiera tener un conocimiento cabal de la administración política y administrativa de España, debe consultar esta obra.

10. *Organización electoral y representativa de todos los países civilizados*, por J. Charbonnière. París, 1883, segunda edición. Es uno de los libros de consulta más necesarios para un hombre de Parlamento.

11. *Historia de la disciplina parlamentaria*, por Augusto Reynart. París, 1884. Es un minucioso estudio comparativo del régimen interior de casi todos los congresos del mundo.

12. *El Derecho público de la Bélgica*, por A. Giron. Bruselas, 1884. Es una exposición muy completa de todas las leyes constitucionales y administrativas de dicha nación.

13. *El Imperio Alemán. Su Constitución. Su Administración*,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

por G. Morhain. París, 1886. Es un libro del mismo carácter del anterior y con una reunión considerable de datos.

14. *Compendio de Derecho Político y Economía Social*, por P. Pradier-Foderé. Traducción de Manuel A. Fuentes. Lima, 1864. Es un compendio escrito con mucha elevación y espíritu liberal.

15. *La Democracia autoritaria en los Estados Unidos*, por Alberto Guigot, París, 1885. Es una biografía del general Andrés Jackson. Pocos estudios se leen con mayor interés.

16. *Decisiones Constitucionales de los Tribunales Federales de los Estados Unidos desde 1789*. Recopilación de tres mil interpretaciones judiciales de la Constitución americana, reunidas por el doctor Orlando Bump y traducidas del inglés por don Nicolás Antonio Calvo. Buenos Aires, 1886. Es imposible conocer á fondo el alcance de las disposiciones constitucionales norteamericanas sin concordarlas con las interpretaciones que le ha dado el Poder Judicial, único encargado en Estados Unidos de calificar la constitucionalidad de las leyes del Congreso y de los decretos del Ejecutivo.

17. *Naturaleza y tendencia de las instituciones libres*, por Federico Grimke. Traducción de Florentino González. París, 1870. En Estados Unidos se pone esta obra entre las de los autores clásicos.

18. *Obras y tratados de legislación*, por Jeremías Bentham, París, 1820. Hay muchas cuestiones de Derecho constitucional tratadas con suma habilidad y conocimiento del negocio.

19. *Las leyes naturales de la Economía Política*, por G. de Molinari. París, 1886. Recomendamos este libro á los que quieran conocer las teorías más avanzadas de la escuela económica moderna.

20. *El Gobierno y el Parlamento británicos*, por el conde de Franqueville. París, 1887. Consta de tres volúmenes: el primero trata de *El Gobierno;* el segundo, de *La Constitución del Parlamento*, y el tercero, del *Procedimiento parlamentario*. Es la obra más notable y completa que existe sobre la materia. Este eminente tratadista, fuera de la anterior, ha dado á luz desde 1860 á 1881 diez obras diversas sobre Inglaterra. La que hemos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

señalado le ha costado varios años de meditación y de estudio.

21. *Curso de Derecho Constitucional*, por P. Rossi. París, 1866. Consta de cuatro volúmenes y figura entre las obras clásicas.

22. *Gobierno y Derecho Constitucional, ó sea, un examen sobre el origen y límite de la autoridad gubernativa según la teoría americana*, por Joel Tiffany. Traducción de Clodomiro Quiroga. Buenos Aires, 1874. Tiene la misma reputación que la obra de Grimke.

23. *División del Poder Legislativo en dos Cámaras*, por H. Ferron. París, 1885. Para que se conozca el mérito de este libro, nos basta decir que obtuvo el premio de mil quinientos francos en el concurso Rossi, abierto por la Facultad de Derecho de París.

24. *El hombre representativo*, por Ralph Waldo Emerson. Londres, 1886. Es uno de los estudios más bien hechos sobre el sistema representativo.

25. *Vicisitudes de la monarquía constitucional en Francia*, por don Fermín de Lasala y Collado. Madrid, 1878. Es una historia muy bien redactada de la monarquía francesa, con sus alternativas de alza y baja desde la revolución francesa de 1789 á la revolución de 1848.

26. *William Pitt y su tiempo*, por lord Stanhope. Traducción de M. Guizot, 1862. Es la biografía más completa que existe en Inglaterra de este grande estadista.

27. *Obras completas de lord Macaulay.* Es superfluo hablar de los méritos de este autor.

28. *Historia gubernamental de la Inglaterra, de 1770 á 1830*, por sir G. Cornwall Lewis. Traducción de M. Mervayer. París, 1867. Es una historia magistral.

29. *Historia de los debates políticos del Parlamento inglés*, por Forneron. París, 1871. Es un buen libro de consulta.

30. *La elocuencia parlamentaria durante la revolución francesa*, por F. A. Aulard. París, 1885. De sumo interés y con muchos datos históricos.

31. *Historia de los Estados Unidos*, por J. A. Spencer, continuada por Horacio Greeley. Traducción de Enrique L. de Verneuil.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Barcelona, 1870. Es de las historias más completas que existen de los Estados Unidos.

32. *El sistema americano del Caucus*, por Jorge W. Lawton. Nueva York, 1885. Es un libro muy curioso acerca de las convenciones electorales de los Estados Unidos.

JULIO BAÑADOS ESPINOSA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—1. REVISTA DEL PROGRESO, publicación quincenal consagrada á las ciencias y las letras y órgano del Club del Progreso de esta capital. Dirección: Santiago Aldunate B., Luis Arrieta Cañas, Luis Barros Borgoño, Álvaro Bianchi Tupper, J. de D. Vial Guzmán. Hemos recibido el primer número, correspondiente al 1.º de septiembre último, y que contiene un material tan variado como interesante. Sus artículos, fuera del programa, en que se sientan con noble elevación de miras los propósitos de la publicación, se refieren á materias bibliográficas, literarias, de jurisprudencia, economía política, historia nacional, geografía y á los asuntos internos del Club. En nuestra especialidad, nos corresponde citar el notable artículo intitulado *Organización del Poder Judicial*, conferencia leída en el Club por nuestro distinguido compañero y amigo don Carlos Rivera Jofré, que estudia la situación actual de la administración de justicia de Chile y los medios de provisión de los puestos de la judicatura. No ocultamos el placer que nos causa la aparición de este nuevo colega de la prensa, pues convenimos con él en que, dada la actual ilustración y cultura que alcanzamos, «campo hay para todos y el bien de cada uno se armoniza con la abundante cosecha de los otros.» Al enviarle nuestros sinceros aplausos y cordial bienvenida, hacemos votos porque sus directores encuentren fácil el camino y no dudamos que así sucederá, si no les arredran los obstáculos ni las contrariedades: constancia y energía en el espíritu, fe en el porvenir, y mucha paciencia, hé ahí los elementos de un triunfo seguro y noblemente conquistado.—2. EL IMPUESTO AL GANADO ARGENTINO, folleto de actualidad por don Agustín Ross, 60 páginas. Imp. de la Lib. del Mercurio, Valparaíso.—3. BREVES OBSERVACIONES *aducidas en el alegato hecho ante la Iltma. Corte de Apelaciones en el juicio por despueble de la mina «Claro» del mineral de «Santa Rosa» seguido entre don David Mac-Iver y doña Victoria Oliva*, por don Isidoro Becerra, 1 op. de 40 págs., Imp. de «El Deber», Tacna.—4. LIBERTAD DE LA PRENSA. ALEGATO *del abogado don Adolfo Ibáñez ante la Excma. Corte Suprema en el juicio seguido al director de «La Industria» de Iquique por abusos de la libertad de imprenta.* Un opúsculo de 74 páginas. Imp. de «La Industria», Iquique.

LA DIRECCIÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO IV Santiago, 1.° de noviembre de 1888 NÚM. 6

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Don Juan Gandarillas, por E. C. L.—Academia de Leyes.—Legislación electoral de Chile, por don Jorge Huneeus.—Comentario del Título preliminar y del Título I del Libro I del Código de Comercio (conclusión), por don José Alfonso.—Administración de los bienes del hijo natural, por L. O.—De los pactos *de quota litis* y *de victoria litis*, algunas observaciones sobre el artículo 1462 del Código Civil correspondiente al artículo 1646 del Proyecto de Código Civil, por don Bernardino A. Vila.—Anotaciones al Proyecto de Código de Enjuiciamiento civil (continuación), por don José Ravest.—¿Quién subroga á los alcaldes de los departamentos donde no hay juez de letras, en caso de impedimento para el desempeño de sus funciones judiciales? por don Sinforoso Ugarte A.—¿Es ó no fatal el término fijado en el artículo 70 del Código de Minería para contradecir el denuncio de despueble? por don Agustín Rodriguez.—¿Son aplicables á los cuasi-delitos las circunstancias agravantes y atenuantes que el Código Penal señala para los crímenes y delitos? por don Francisco Beutner Mary.—Revista bibliográfica, por La Dirección.

DON JUAN GANDARILLAS

El 16 de octubre último ha fallecido este distinguido magistrado. Era abogado desde junio de 1870.

En 1876 fué nombrado juez especial de apelaciones de esta ciudad, puesto que desempeñó con inteligencia y laboriosidad.

Como hombre de ilustración y de carácter ha dejado gratos recuerdos entre sus amigos y la sociedad de Santiago.

Lamenta sinceramente su desaparición esta REVISTA, que debió al señor Gandarillas atenciones especiales desde su fundación.

E. C. L.

ACADEMIA DE LEYES

Por una loable iniciativa del Club del Progreso de esta capital, se ha constituído y organizado esta corporación científica, que viene á llenar una necesidad imperiosa en orden á la cultura jurídica del país.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Los Estatutos que gobiernan esta sociedad, aprobados en sesión de 12 de octubre de 1888, son los siguientes:

"ARTÍCULO PRIMERO. Establécese en Santiago de Chile una corporación que llevará el nombre de ACADEMIA DE LEYES.

"ART. 2.º La Academia de Leyes tiene por objeto promover los estudios jurídicos y especialmente los relativos á la legislación y jurisprudencia nacionales.

"ART. 3.º Constituirá una Academia especial de Práctica Forense para los estudiantes de Derecho.

"ART. 4.º Tendrá un directorio compuesto de siete miembros, incluso el secretario. Corresponde á los miembros del directorio ejercer por turno la presidencia de la Academia.

"ART. 5.º Los miembros del directorio serán elegidos por un año.

"En caso necesario se nombrará á cualquiera de ellos un sustituto por el tiempo que falte para la terminación del período de sus funciones.

"ART. 6.º Corresponden al directorio todas las facultades que sean necesarias para la realización de los fines que persigue la institución.

"ART. 7.º Formarán parte de la Academia de Leyes:

"1.º Como miembros fundadores, todos los abogados que concurrieron á la sesión preparatoria ó á la inaugural.

"2.º Como miembros honorarios, todos los magistrados de los tribunales superiores y jueces de letras de la República, por el solo hecho de incorporarse á ella.

"3.º Como miembros activos, todos los abogados y demás personas á quienes confiera el directorio la calidad de tales.

"Formarán también parte de la Academia todos los estudiantes de Derecho que se incorporen á la sección especial de Práctica Forense, según se determine por el directorio."

Felicitamos á los promotores y fundadores de esta importante asociación, y no dudamos que sus esfuerzos serán coronados por el éxito más completo, pues existe el propósito de trabajar eficazmente porque la Academia de Leyes sea una Sociedad permanente, y que reúna todos los elementos necesarios para

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

realizar sus nobles fines. Para ello no se omitirán sacrificios de ningún género.

Daremos cuenta de sus trabajos en una sección especial, que abriremos en esta REVISTA.

El siguiente directorio fué elegido en sesión de 19 de octubre último:

DIRECTORES

Don Paulino Alfonso
" Luis Barros Borgoño
" Ramón Murillo
" Carlos Rivera Jofré
" Raimundo Silva Cruz
" Ismael Valdés Vergara.

DIRECTOR-SECRETARIO

Don Enrique C. Latorre.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

LEGISLACIÓN ELECTORAL DE CHILE

I

La ley de Reforma Constitucional, ratificada el 10 de agosto último, contiene, además de otras innovaciones, varias relativas á elecciones. Ha reformado el antiguo artículo 8.º de nuestra Constitución, que determinaba las condiciones necesarias para la ciudadanía activa con derecho de sufragio; ha suprimido el antiguo artículo 9.º, que requería, para poder votar, la posesión del *boleto de calificación*, por lo menos tres meses antes de las elecciones; y ha suprimido también los senadores y diputados suplentes ordenando que, cuando hubiere lugar á vacantes, se elijan reemplazantes en elecciones extraordinarias efectuadas *en la forma y plazo que la ley prescriba.*

Menester es, por lo tanto, que en breve se dicte la ley destinada á hacer efectivas tan interesantes reformas.

Esa ley futura modificará forzosamente nuestra ley electoral vigente, en lo relativo á registro é inscripciones; suprimirá, así lo deseamos, los boletos de calificación, y habrá de adicionarla con preceptos tendentes á plantear en Chile el sistema, nuevo para nosotros, de elecciones *suplementarias* de senadores y diputados.

Con tal motivo nos parece que no será del todo inútil traer á la memoria, aunque sea sólo en resumen, los preceptos contenidos en las diversas leyes electorales que han imperado en la la República durante la vigencia de la Constitución Política de 1833.

Esas leyes son las seis siguientes:

1.ª La de 2 de diciembre de 1833;
2.ª La de 12 de noviembre de 1842;
3.ª La de 13 de septiembre de 1861;
4.ª La de 6 de agosto de 1869;
5.ª La de 12 de noviembre de 1874; y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

6.ª La de 9 de enero de 1884, actualmente en vigor.

Procuraremos dar separadamente una idea general de cada una de ellas.

II

Ley de 2 de diciembre de 1833

Según la ley de elecciones de 2 de diciembre de 1833, las *Municipalidades* nombraban el 24 de noviembre del año precedente á la renovación de la Cámara de Diputados, en sesión pública, con asistencia de la mayoría absoluta de sus miembros, una junta calificadora para cada *parroquia* de su distrito. La junta se componía de *cuatro* propietarios y cuatro suplentes, elegidos á la suerte de entre los vecinos inscritos en el registro de electores de la respectiva parroquia, y de un presidente designado también por la Municipalidad.

El 28 de noviembre, á las diez de la mañana, se instalaban las juntas calificadoras, que funcionaban cuatro horas diarias hasta el 7 de diciembre inclusive. Se admitía la calificación por *poder*, autorizado por el inspector del distrito respectivo á presencia de *dos* testigos. No podían calificarse, además de las personas á que se refieren los antiguos artículos 10 y 11 de la Constitución, los individuos del *clero regular, los soldados, cabos y sargentos del ejército permanente, los jornaleros y los peones gañanes.*

Las Municipalidades mismas eran las *juntas revisoras* de departamento, presididas por el municipal de primera elección, y funcionaban desde el 12 hasta el 20 de diciembre inclusive, durante cuatro horas diarias, para oír y fallar breve, sumaria y verbalmente, sin ulterior recurso, las reclamaciones relativas á inclusiones ó exclusiones indebidas en el registro.

Los boletos de calificación se renovaban cada tres años, y su impresión y distribución corría á cargo de la Comisión Conservadora, que hacía esta última por medio de los intendentes y gobernadores.

Las elecciones de diputados y electores de senadores se efectuaban el último domingo de marzo; las de municipales el tercer domingo de abril, y las de electores de Presidente el día desig-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nado por la Constitución. En caso de elección extraordinaria de éstos, ella tenía lugar dentro de *dos meses* contados desde el día en que el vicepresidente debía expedir las órdenes al efecto.

En cada parroquia funcionaba una mesa *receptora*, compuesta de cuatro vocales propietarios y cuatro suplentes, elegidos *por la Municipalidad* de la misma manera que los vocales de juntas calificadoras, y de un presidente designado por la misma Municipalidad.

Las votaciones duraban *dos días consecutivos é improrrogables*, desde las diez de la mañana hasta las dos de la tarde, y desde las cuatro hasta las seis de la tarde.

Todo elector debía votar *personalmente*.

La *Municipalidad misma*, en presencia de un comisionado con voz y voto por cada mesa, hacía el *escrutinio general* de las elecciones departamentales, al día siguiente de hallarse reunidas las cajas que contenían los escrutinios particulares practicados cada día de votación por cada mesa receptora del departamento; resolvía á pluralidad absoluta de votos las dudas ó diferencias que ocurrieran; proclamaba, y comunicaba el resultado á los electores.

Las elecciones de senadores se hacían por los electores de senadores el segundo domingo de abril, con sujeción á las reglas á que se sujetaban y se sujetan los electores de Presidente de la República.

La ley de 1833 nada disponía en orden á *nulidad* de elecciones. Contenía sólo un artículo, el 78, relativo al orden y libertad de las elecciones, facultando á las juntas para pedir auxilio á la autoridad local; y no figuraban en ella sino tres preceptos (artículos 77, 79 y 80) relativos á delitos electorales, de los cuales conocía el juez ordinario del departamento, *haciendo efectiva la pena el gobernador*.

III

Ley de 12 de noviembre de 1842

La ley de 12 de noviembre de 1842 se contrajo á los puntos siguientes:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

1.° Reglamentó el absurdo sistema de permitir la calificación por *poder*, autorizado por el *subdelegado* (en lugar del inspector) y dos testigos.

2.° Reglamentó también la remisión y forma externa de los boletos de calificación.

3.° Introdujo el fatal sistema de reemplazar por *decreto municipal* el boleto de calificación extraviado.

4.° Estableció que al juez ordinario del departamento, á quien correspondía conocer de las causas por infracción de la ley electoral, correspondería también *hacer efectiva la pena que impusiere*, y no al gobernador, como lo disponía la ley de 33; y prescribió que la sentencia del juez, pronunciada en *juicio ordinario*, sería apelable, puntos que silenciaba dicha ley.

5.° Adicionó la ley de 33 con dos artículos que penaban, uno al empleado público, civil ó militar, que coartare á sus subalternos la libertad del sufragio, y otro al que vendiera ó comprara boletos de calificación ó sufragio alguno.

6.° Estableció, finalmente, infringiendo, á juicio nuestro, la Constitución, que de la nulidad de elecciones de electores de senadores y de Presidente de la República, conocerían el juez letrado de la provincia y cuatro municipales sorteados de la Municipalidad de la cabecera de la misma provincia.

En los artículos adicionales dispuso que en *lo sucesivo* ningún chileno podría calificarse sin saber leer y escribir; pero que *continuarían gozando hasta su muerte* del derecho de calificarse los que estuvieren en posesión de él, aunque no supieran leer ni escribir; lo que importaba, en nuestro concepto, otra inconstitucionalidad.

La ley de 1842 que fué, según ella misma se llamó, un mero *suplemento* de la de 1833, no introdujo en las bases en que ésta descansaba ninguna modificación, y pudo ser censurada como doblemente contraria á la Constitución, pues ésta quiso que las elecciones de senadores fuesen calificadas por el Senado; las de Presidente de la República por el Congreso, según se desprende claramente de sus preceptos; y que la condición de saber leer y escribir se hiciera efectiva, sin distinción alguna, después de cumplido el año de 1840.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

IV

Ley de 13 de septiembre de 1861

La ley de 13 de septiembre de 1861, derogatoria de las dos anteriores, modificó en puntos sustanciales el sistema creado por la de 1833.

Estableció que el registro electoral sería *permanente*, y no renovable cada tres años. Encargó su *primera formación* á juntas calificadoras *parroquiales*, nombradas por la Municipalidad de la misma manera que lo hacía según la ley de 1833, compuestas de cuatro vocales propietarios y cuatro suplentes, y presididas por un presidente nombrado por dicha Municipalidad y que debía ser miembro de ésta ó subdelegado del departamento.

Á los soldados y clases del ejército permanente y de los cuerpos organizados de policía *no se les computaba la renta* de que gozaban en calidad de tales, para los efectos de la inscripción; se suprimió la prohibición de calificarse impuesta por la ley de 1833 á los eclesiásticos regulares, y á los jornaleros y peones gañanes, y se suprimieron, lo que es importante, las calificaciones por poder. Exigió para todo calificado la condición de saber leer y escribir, sin distinguir entre los que se hubieren ó nó calificado antes de 1840.

Las juntas calificadoras encargadas de la primera formación del registro funcionaron durante diez días, cuatro horas diarias. Una vez cerrados sus trabajos, la *Municipalidad* nombró una junta compuesta de un alcalde, que la presidió, de dos regidores y dos vecinos electores, designados á la suerte. Esta junta tuvo el encargo especial de *completar* el registro en su respectivo departamento; funcionó para ese efecto durante treinta días, transcurridos los cuales, el registro departamental permanente quedó cerrado y se pasó al gobernador respectivo para su publicación.

Efectuada ésta, la Municipalidad misma conoció y resolvió las reclamaciones promovida con motivos de exclusiones ó inclusiones indebidas, y, después de resueltas dichas reclamacio-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nes, el registro permanente quedó definitivamente formado y se depositó en la secretaría municipal bajo de llave custodiada por *el primer alcalde.*

La impresión y distribución de los boletos de calificación continuó á cargo de la Comisión Conservadora. Se mantuvo el sistema de decretos llamados á reemplazar los boletos de calificación extraviados, y se hizo extensivo al caso en que un ciudadano *trasladara su residencia* del departamento en que se calificó á otro distinto, lo cual se explica fácilmente dentro del sistema del registro *permanente.*

Una vez que se formó así el registro, quedó sujeto anualmente á la revisión de una junta compuesta de un alcalde, dos regidores y dos vecinos electores, nombrados *por la Municipalidad.* Esta junta funcionaba todo el mes de septiembre de cada año en la sala municipal, durante los días y horas que la *Municipalidad* acordaba, y tenía el doble encargo de calificar, por una parte, á los ciudadanos no inscritos, y de excluír, por otra, á los inscritos que hubieren fallecido, que hubieren incurrido en alguna inhabilidad, ó que hubieren dejado de ser propietarios, poseedores del capital, del empleo ó renta que entonces se requería para ser ciudadano activo con derecho de sufragio.

De las reclamaciones que se entablaran contra los procedimientos de estas juntas, conocía la *Municipalidad* respectiva, que debía fallarlas desde el 15 hasta el 30 de noviembre. El plazo para interponer dichas reclamaciones corría desde el 10 hasta el 25 de octubre.

Tal fué, diseñado á grandes rasgos, el sistema ideado por la ley de 1861 para introducir en Chile el registro permanente. Tantos fueron los inconvenientes que ocasionó en la práctica, que la ley de registros electorales de 6 de agosto de 1869, que luego examinaremos, lo suprimió por completo y volvió al antiguo sistema del registro periódico y trienal.

En materia de elecciones directas, la ley de 1861 sólo introdujo innovaciones de detalle en las leyes de 1833 y 1842; tal como la de reducir á cincuenta días el término de sesenta dentro del cual deben hacerse las elecciones extraordinarias de Presidente de la República en los casos de los artículos 74 y 78 de la Constición. En lo sustancial conservó todo el edificio levantado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en 1833. Así, mantuvo la *parroquia* como base para el funcionamiento de las mesas calificadoras y receptoras; mantuvo por completo la composición de éstas y el modo de nombrarlas; dejó subsistente el término de *dos* días comò duración de las elecciones directas, y conservó siempre en manos de la *Municipalidad* todas las atribuciones que las leyes anteriores le confiaban inclusive la de efectuar el *escrutinio* departamental.

Apenas es necesario decir que la ley de 1861 no innovó, ni era posible que innovara, en lo tocante á las elecciones indirectas de senadores y de Presidente de la República, desde que toda ley había de conformarse á los preceptos que la Constitución contenía en la materia, antes de la reforma de 1874, que convirtió en directas las elecciones de senadores, y á las que aún contiene en lo referente á elecciones presidenciales.

En lo que se manifestó más detallada y escrupulosa la ley de 1861 fué en lo tocante al orden y libertad de las elecciones, á los delitos en materia electoral, y á la nulidad de las elecciones y casos en que deben repetirse, puntos los tres que apenas tocaban las leyes de 1833 y 1842. En los tres, las leyes posteriores de 1874 y 1884 han bebido sus inspiraciones en la ley de 1861, cuyas ideas capitales han conservado aquéllas en su parte sustancial. Las diferencias que en tales puntos existen entre la ley de 1861 y las de 1874 y 1884 se refieren á cuestiones de detalle ó procedimiento, más que á materias de capital importancia, y no despiertan grande interés. Lo que realmente nos importa, al estudiar nuestra legislación electoral, es conocer todo aquello que se relaciona con las dos bases fundamentales en que debe descansar, á saber: la *calificación* ó inscripción, ó sea, cuanto se refiere á la formación del registro electoral; y la *votación*, ó sea, todo cuanto se refiere á la elección misma.

La ley de 1861 es la primera que confió al Congreso la facultad de conocer de las reclamaciones de nulidad de electores de Presidente de la República, y al Senado la de conocer de las de nulidad de las elecciones de electores de senadores, restableciendo así el imperio de la Constitución, violada en esa parte por la ley de 1842.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

V

Ley de 6 de agosto de 1869

Hemos dicho ya que el sistema del registro permanente, introducido entre nosotros por la ley de 13 de septiembre de 1861, vivió muy poco, á pesar de ser él el tipo á que debe conformarse toda legislación medianamente adelantada en la materia. ¿Á qué imputar el fracaso de una idea tan plausible y tan bien inspirada? Nosotros creemos que ello se debió, no á defectos del sistema, sino á nuestros pésimos hábitos electorales, y á la impunidad de que han gozado siempre en Chile los delincuentes en materia electoral.

El hecho es que la ley de 6 de agosto de 1869 se limitó á derogar los cuatro primeros títulos de la de 1861, relativos todos á la formación del registro electoral, y los artículos 78 y 80 de la misma, estos dos últimos para modificar la manera de nombrar los vocales de las juntas receptoras y para que éstas funcionasen *un solo* día, en lugar de dos como antes sucedía.

La recordada ley de 1869 restableció el *registro trienal* periódico; conservó la base de la *parroquia* para su división y para el funcionamiento de juntas calificadoras; dejó el nombramiento de éstas en manos de la *Municipalidad*, pero excluyendo de ésta al intendente, gobernador ó subdelegado, y debiendo ser presidida por uno de sus alcaldes ó regidores; é introdujo el sistema de juntas *revisoras*, compuestas de siete individuos, seis elegidos á la suerte por la *Municipalidad* de entre los *cuarenta mayores contribuyentes* que pagaren mayor contribución directa fiscal ó municipal, residentes en el departamento é inscritos en los registros municipales, y de un municipal designado por el cabildo mismo para presidente. En la misma forma se designaban seis vocales suplentes y un presidente suplente.

Fué esa la vez primera en que la ley dió entrada á los *mayores contribuyentes* en la organización de nuestro sistema electoral, confiando á una junta revisora, compuesta de ellos en las seis séptimas partes, la facultad que antes había correspondido

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

á la Municipalidad de rever y enmendar los actos de las juntas calificadoras de su respectivo territorio.

La ley de 1869 exigía, como la de 1861, la comparecencia personal del individuo que pretendía calificarse; restableció la prohibición absoluta de inscribirse que la ley de 1833 había impuesto á los soldados y clases del ejército permanente, prohibición que la de 1861 había limitado en sus efectos al sueldo que se les pagaba, y la hizo extensiva á los soldados y clases de la marina y de la policía.

Las juntas calificadoras funcionaban, según la ley de 1869, desde el 10 hasta el 25 de noviembre, durante cuatro horas diarias, y de sus actos podía reclamarse desde el 10 hasta el 15 de diciembre posterior. La junta revisora departamental oía y fallaba las reclamaciones fundadas en exclusiones ó inclusiones indebidas, oyendo á los reclamantes y reclamados entre el 15 y el 23 de diciembre, y fallando las reclamaciones desde el 23 hasta el 31 de dicho mes. En este último día quedaba cerrado el registro y se depositaba por el primer alcalde en la secretaría ó tesorería municipal.

Se dejó siempre á la Comisión Conservadora la incumbencia de hacer imprimir y repartir los boletos de calificación, y se introdujo la importantísima reforma *de abolir los certificados de inscripciones*, que antes se daban por razón de cambio de domicilio ó de pérdida del boleto de calificación.

En su artículo 41 adicionó la ley de 1869 la parte penal de la de 1861; pero de una manera deficiente, porque estableció en él como pena la *multa pecuniaria*, ó, sólo *en defecto de ella*, la prisión. Una triste experiencia ha dado á conocer que la multa pecuniaria, por crecida que sea, no es pena eficaz en materia electoral, porque, llegado el caso, no la paga el delincuente, sino el partido en cuyas filas milita.

En todo lo relativo á elecciones directas, salvo en cuanto á su duración que se redujo á *un día*; á elecciones indirectas; al orden y libertad de las elecciones; á delitos electorales, y á nulidad de las elecciones, continuó rigiendo la ley de 1861 hasta que se promulgó la de 12 de noviembre de 1874, que es la quinta dictada desde que principió á vivir nuestra semisecular Constitución.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

VI

Ley de 12 de noviembre de 1874

Esta ley, fruto de largos é interesantes debates que ocuparon preferentemente la atención de nuestras Cámaras durante los años 1872, 1873 y 1874, modificó en puntos gravísimos nuestra organización electoral.

Conservó el registro trienal y periódico, y la disposición de la ley de 1869 que excluía del derecho de sufragio á las clases y soldados del ejército permanente, de la marina y de la policía; é introdujo en el mecanismo establecido por las leyes anteriores, las reformas trascendentales que pasamos á indicar:

1.ª Adoptó la *subdelegación*, en lugar de la *parroquia*, como base para la formación del registro y para el funcionamiento de juntas calificadoras y receptoras.

2.ª Creó las *juntas de mayores contribuyentes*, y confió á esas corporaciones la facultad que hasta entonces había correspondido á las Municipalidades de constituír las juntas calificadoras y receptoras, la de nombrar los vocales de éstas, cinco propietarios y otros tantos suplentes, y la de designar el local en que debían funcionar.

3.ª Confirió al primer alcalde de la Municipalidad, nó á la justicia ordinaria, la atribución de rectificar el personal de la junta de mayores contribuyentes, fallando las reclamaciones á que la lista de ellos, que *formaba el intendente ó gobernador*, diera lugar.

4.ª Obligó á las juntas calificadoras, que funcionaban desde el 1.º hasta el 15 de noviembre, cuatro horas diarias, á exigir que el individuo inscrito *firmara* la partida de inscripción al margen del registro.

5.ª Estableció, por la vez primera, que se presume de derecho que el que sabe leer y escribir tiene la renta requerida por la ley, lo que importaba suprimir este requisito constitucional, que ahora no más, el 10 de agosto del corriente año, ha sido suprimido regularmente por la reforma constitucional ratificada en esa fecha.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

6.ª *Suprimió las juntas revisoras*, y estableció que las exclusiones ó inclusiones indebidas pueden ser perseguidas y castigadas, pero que no dan lugar, en ningún caso, á exclusiones ó inclusiones posteriores á la clausura del registro por las juntas calificadoras.

7.ª Confirió á la Municipalidad el encargo de hacer imprimir y repartir los boletos de calificación de su respectivo territorio, quitándolo á la Comisión Conservadora.

8.ª Estableció que las elecciones de diputados se efectuaran por el sistema del *voto acumulativo;* las de municipales por el de *lista incompleta* ó *voto limitado*; y que las de senadores, que debían hacerse por provincias en votación directa, según la reforma constitucional de 13 de agosto de 1874, se efectuaran por el sistema de *lista completa.*

9.ª Prescribió que los subdelegados, inspectores y empleados con sueldo en cuyo nombramiento, ascenso ó destitución interviniera el Presidente de la República, no podían formar parte de las juntas calificadoras, receptoras y escrutadoras.

10. Prescribió que el sufragio fuera secreto, y adoptó varias precauciones para los escrutinios.

11. Quitó á las Municipalidades la facultad de hacer los escrutinios departamentales, y la encomendó á una *junta escrutadora*, presidida por el primer alcalde y compuesta de los presidentes y secretarios de las juntas receptoras del departamento.

12. Creó para el escrutinio de la elección provincial de senadores otra junta escrutadora especial, compuesta de dos comisionados elegidos por cada junta escrutadora departamental de la provincia.

13. Clasificó las contravenciones electorales en faltas y delitos, y dividió éstos en públicos y privados; y

14. Prescribió que de los delitos comunes cometidos con motivo de actos electorales y de los delitos privados electorales, conocería la justicia ordinaria; y que el conocimiento de las faltas y delitos públicos correspondería á un jurado electoral elejido por la junta de contribuyentes, el cual quedó suprimido el 1.º de marzo de 1876 por la Ley orgánica de los Tribunales de 15 de octubre de 1875.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Aparte de detalles, que sería inútil recordar porque no ofrecen interés, relativos unos al orden y libertad de las elecciones, otros á las nulidades de éstas, y otros á puntos de escasa aplicación, creemos que están condensadas en los catorce párrafos precedentes las innovaciones de verdadera transcendencia que introdujo entre nosotros la ley de 12 de noviembre de 1874.

Veamos ahora cuál suerte les ha deparado la última ley electoral promulgada el 9 de enero de 1884.

VII

Ley de 9 de enero de 1884

Esta ley ha conservado la institución de las juntas departamentales de mayores contribuyentes; pero ha limitado sus funciones al nombramiento, que efectúan por voto acumulativo, de una comisión ejecutiva de calificaciones; de una comisión ejecutiva de elecciones, compuestas ambas de cinco ciudadanos electores, todos propietarios; y de una junta escrutadora departamental, compuesta de siete ciudadanos electores, también propietarios.

Ha suprimido los *suplentes* en todas las juntas electorales, haciendo así imposibles las escandalosas dualidades que á menudo se producían en nuestras elecciones.

Las reclamaciones que sugiere la lista de mayores contribuyentes, son resueltas por la *justicia ordinaria*, en ambas instancias, en lugar del primer alcalde que las decidía con arreglo á la ley de 1874. La lista se forma por el tesorero fiscal y el municipal, no por el intendente ó gobernador.

La comisión ejecutiva de calificaciones elige los cinco vocales propietarios de que consta únicamente toda junta calificadora, votando cada vocal de aquélla, por escrito, por un vocal de cada una de éstas. Se ha conservado la subdelegación como base para la división del registro y número de juntas calificadoras.

Éstas no pueden inscribir, además de los individuos que la Constitucion excluye del sufragio, á las mujeres, á los regulares, y á todo individuo enrolado ó empleado á sueldo en la policía rural, además de los soldados y clases del ejército, de la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

armada y de la policía, excluídos ya por las leyes anteriores, en todo ó en parte.

Todo acto ejecutado en minoría por cualquiera junta electoral, es nulo, y quienes los celebran en minoría cometen delito penado por la ley de 1884.

La impresión y repartición de los boletos de calificación se encomienda á una comisión compuesta de los presidentes y vicepresidentes de ambas Cámaras.

No hay juntas revisoras, ni se expiden certificados por extravío de boleto ó cambio de residencia, como lo había dispuesto ya la ley de 1874.

Las elecciones se efectúan en los mismos días que antes de 1884, y cada una por el sistema que había designado la ley de 1874, á saber: la de diputados, por voto acumulativo, la de municipales, por voto limitado, y las de senadores y electores de Presidente de la República, por lista completa.

Las juntas receptoras de votos están organizadas de una manera idéntica á las calificadoras, y son nombradas de la misma manera por la *comisión ejecutiva de elecciones*. En la misma sesión en que la junta de mayores contribuyentes efectúa el nombramiento de la comisión ejecutiva de elecciones, elige también por voto acumulativo los siete vocales de la *junta escrutadora* general del departamento á que se ha aludido más arriba.

El sufragio debe ser secreto, como lo había dispuesto ya la ley de 1874.

Se adoptan precauciones exquisitas para los escrutinios, tales como la de prescribir que las actas de toda junta electoral deben ser firmadas, no sólo por el presidente y secretario, sino por todos los miembros concurrentes de la junta, generalizando así el sistema que la Constitución establece para las actas de los colegios electorales de Presidente de la República.

El escrutinio general del *departamento* lo efectúa la junta escrutadora, compuesta de siete individuos electores, nombrada al efecto por la junta de mayores contribuyentes; según se ha expresado ya. El escrutinio *provincial* para senadores, lo efectúa una junta compuesta de los presidentes y secretarios de las juntas escrutadoras generales de los departamentos de la provincia respectiva.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Para las elecciones de electores de Presidente de la República se organiza una junta especial de mayores contribuyentes en cada departamento, á fin de que ella efectúe la designación de la respectiva comisión ejecutiva de elección y de la junta escrutadora departamental, procediéndose como en las demás elecciones directas.

En la elección que hacen los electores de Presidente se conservan, en sustancia y como es natural, desde que en esa parte no ha sido reformada la Constitución, las reglas establecidas por las leyes precedentes.

En los títulos que tratan del orden y libertad de las elecciones, y de la nulidad de éstas, se ha conservado, mejorándolo, el mecanismo de la ley de 1874. La de 1884 ha establecido reglas claras y precisas para que las reclamaciones de nulidad de elecciones se decidan pronto, y se han resuelto acertadamente dificultades de detalle, que en la práctica había suscitado la ley anterior, señalando plazos perentorios para iniciar las reclamaciones, para tramitarlas y aún para decidirlas.

Se ha establecido que, para negar lugar á la formación de causa contra intendentes, gobernadores de plaza y de departamento, por delito electoral, se requiere el voto de los dos tercios del número total de los Consejeros de Estado, é idéntica mayoría para la concesión de indultos en delitos de la misma especie.

La primera de las dos reglas precedentes es aplicable ahora á todos los procesos que, en materia criminal, se promuevan contra los intendentes y gobernadores, conforme á lo dispuesto en el artículo 39 de la nueva ley de régimen interior de 22 de diciembre de 1885.

Los delitos electorales producen acción popular, y el querellante no está obligado á rendir fianza ni caución alguna.

La ley de 1884 no contiene título alguno especial destinado á delitos y penas electorales. En cambio, y para mayor claridad, al fin de cada título castiga las infracciones á lo que en él se preceptúa, obedeciendo, más que las leyes anteriores, á la buena tendencia de disminuír los casos en que se aplica *multa* solamente, y de aumentar aquéllos en que se aplica la pena de *prisión* ó la de *presidio*.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

VIII

El rápido bosquejo que precede bastará para dar á conocer el constante progreso efectuado en nuestra legislación, ya que no en nuestros hábitos electorales, desde 1833 hasta 1884. Séanos permitido confiar en que, avanzando en la misma vía, la nueva ley, que pronto habrá de dictarse, no defraudará las esperanzas que todos los ciudadanos honrados, sin distinción alguna de colores políticos, abrigan ahora de que la República contará próximamente con un luminoso faro que encamine, en sus futuros viajes, á puerto seguro la nave de nuestra libertad electoral, tan á menudo maltratada por recios temporales.

Á ello contribuirá principalmente la supresión del boleto de calificación, que es el mayor de los escollos que embarazaban su camino.

JORGE HUNEEUS

Santiago, 18 de octubre de 1888

COMENTARIO DEL TÍTULO PRELIMINAR Y DEL Título Primero del Libro Primero del Código de Comercio.

(Conclusión)

ARTÍCULO 18

EL MENOR COMERCIANTE Y LA MUJER DIVORCIADA Y SEPARADA DE BIENES PUEDEN COMPARECER EN JUICIO POR SÍ SOLOS EN TODAS LAS CUESTIONES RELATIVAS Á SU COMERCIO.

LA MUJER NO DIVORCIADA NI SEPARADA DE BIENES NO PUEDE ESTAR EN JUICIO SIN LA AUTORIZACIÓN ESCRITA DE SU MARIDO Ó DE LA JUSTICIA ORDINARIA EN SUBSIDIO.

El inciso 1.º de este artículo no sugiere observación. Desde que los menores y las mujeres divorciadas y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

separadas de bienes pueden ejercer legítimamente el comercio en la forma y con las condiciones que se han dicho, es justo y lógico que se les reconozca la facultad de hacer efectivos ante la justicia los derechos adquiridos en el ejercicio de la profesión, y la de poder defenderse cuando sean demandados. Conocedores de los hechos y circunstancias concernientes á los actos de comercio que ellos mismos han ejecutado, es natural que se encuentren en mejor aptitud que cualquiera otra persona para apreciar la oportunidad en que debe deducirse la aceión judicial que les convenga y la conducencia de los medios de defensa que cada caso requiera. Puede considerarse que dicha facultad es una derivación necesaria del ejercicio de la profesión.

Pero la ley ha establecido una excepción respecto de las mujeres casadas, sin distinguir si son ó nó menores de edad, sancionando que, en el estado normal del matrimonio, no pueden comparecer en juicio con motivo de su comercio sino con la autorización del marido ó de la justicia ordinaria en subsidio.

Que esta restricción nos parece infundada, es excusado decirlo. Basta ver lo que acabamos de expresar acerca del inciso 1.º del artículo, y recordar el criterio que nos ha servido de norma invariable en la apreciación de los actos de comercio y de la capacidad de los comerciantes.

Como garantía en favor de la mujer, la restricción tiene que ser insuficiente ó puramente nominal; como traba para poder ser demandada, no es difícil comprender que ha de constituír con frecuencia un elemento de descrédito, que perjudicará á la mujer en lugar de favorecerla.

Si, al ejercer el comercio, la mujer casada adquiere

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

una personalidad propia é independiente; si es considerada por su marido apta para las operaciones, con frecuencia complicadas, de un giro mercantil, ¿por qué no tendría al propio tiempo el derecho de parecer en juicio, ya demandando, ya defendiéndose, en las cuestiones á que dé origen su comercio? Compréndese sin esfuerzo que el hecho de la separación de bienes ó del divorcio no ha de representar una garantía de competencia para el manejo de un asunto contencioso. Compréndese asimismo que la administración de un negocio de comercio no ha de exigir menos discreción y tino que la de una controversia judicial, cuya dirección, á la inversa del giro ordinario, no correrá casi siempre á cargo de la misma parte interesada, sino al de las personas á cuyos servicios se recurre constantemente cuando hay que hacer valer un derecho ante la justicia.

Estas observaciones, en general aplicables á la mujer casada comerciante, lo son especialmente á las mayores de edad.

El recurso supletorio de la justicia remedia en parte los inconvenientes que hemos apuntado, pero no los hace desaparecer por completo. Significará con frecuencia demoras, que pueden ser muy perniciosas en el ejercicio de acciones que quizá convenga hacer valer con presteza, y en ocasiones es posible que importen la pérdida de un derecho. Es, por otra parte, como se sabe, aspiración peculiar al comercio, creada por la naturaleza especial de sus operaciones, moverse libre de trabas que retarden ó perturben su marcha.

Dependiendo de la voluntad del marido conceder su autorización para que la mujer comparezca en juicio, no será extraño que se la otorgue con facilidad sólo cuando ésta tenga que hacer el papel de demandante. Es natu-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ral presumir que el marido no se ha de sentir inclinado á facilitar la iniciación de acciones que se dirijan contra la mujer. De aquí una situación desigual y desventajosa para los terceros contratantes, que debe influír desfavorablemente en las relaciones mercantiles de la mujer.

Al adoptar este sistema, nuestro Legislador ha seguido los principios de la ley civil, la cual no exime á la mujer de la autorización marital para parecer en juicio, por sí ó por procurador, sea demandando ó defendiéndose, aunque ejerza públicamente una profesión ó industria cualquiera. Se presume entonces la autorización general del marido sólo para los actos ó contratos concernientes á dicha profesión ó industria, mas no para parecer en juicio, ya activa, ya pasivamente. (Art. 150 del Código Civil.) Empero, esta estricta sujeción á la ley civil, que no era necesaria tratándose de dictar las reglas especiales á que debe someterse el comercio, no ha sido mantenida respecto de la mujer separada de bienes, la cual necesita también civilmente de la autorización del marido ó la del juez en subsidio, para parecer en juicio, aun en causas concernientes á su administración separada. (Art. 159 del Código Civil.) Entretanto, la misma mujer separada de bienes comerciante puede estar en juicio sin requisito alguno.

Del mismo modo, el rigor de los principios no ha sido un óbice para que la mujer casada comerciante, mayor de edad, pueda vender é hipotecar libremente sus inmuebles, y para que la mayor de veintiún años y menor de veinticinco, pueda del mismo modo hipotecarlos: derogaciones al Derecho común que ha hecho necesarias la situación especial que reglamenta la ley de comercio.

Debiendo constar por escrito, sin determinarse la for-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ma, la autorización del marido, cualquiera escritura, ya sea pública ó privada, será bastante.

Dicha autorización debe ser suplida por la de la justicia, cuando el marido no quiera, sin razón, ó no pueda, por algún inconveniente, otorgarla. Concíbese que no será fundamento bastante para que el marido niegue su autorización, el hecho de que, de la acción que instaura un tercero, pueda resultar perjuicio á la mujer. Para el modo de proceder habrá una diferencia entre la negativa y el impedimento. Á la mujer bastará probar que su marido no puede conceder la autorización por ausencia, enfermedad ó cualquiera otra causa. En el caso de negativa, el juez deberá oír, siquiera sumariamente, al marido.

La justicia ordinaria á que debe acudirse es la misma á que se refiere el Código en el número 1.º del artículo 12.

Tratándose del derecho de la mujer casada comerciante para parecer en juicio, habría bastado dictar una regla fácil y sencilla, y con la cual se consultaban al mismo tiempo las conveniencias y necesidades del comercio y las de la misma mujer. Encuéntrase ella consignada en el Código de Comercio Alemán, cuyo artículo 9.º dice textualmente: «La mujer, casada ó nó, si es mercadera pública, podrá comparecer en juicio por el hecho de su comercio.» Como se ve, en esta disposición se iguala la condición de la mujer casada á la de la mujer soltera; no se distingue si ha habido ó nó separación de bienes y divorcio, ni en caso alguno se exige el consentimiento del marido para que la mujer pueda reclamar ante la justicia lo que le es debido ni para que los terceros deduzcan en su contra las acciones que les competan. Se ha partido sin duda de este antecedente, que debe presumirse que en la autorización del marido para comerciar

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

va implícita la de hacer efectivos, activa y pasivamente, los derechos que nazcan del ejercicio de la profesión.

Como el menor no habilitado de edad puede ser, á nuestro juicio, legítimamente comerciante por medio de su peculio profesional ó industrial, la disposición de este artículo, en cuanto se refiere á los menores, lo comprende. En lo que respecta al hijo de familia que emplea su peculio en una especulación comercial, regirán los preceptos del Derecho Civil, que lo considera como emancipado y habilitado de edad para la administración y goce de dicho peculio. Entre los actos ordinarios de administración figuran: perseguir en juicio á los deudores, intentar las acciones posesorias, interrumpir las prescripciones concernientes al giro ordinario (Art. 2,132 del Código Civil.) El hijo de familia comerciante no puede comparecer en juicio para otros objetos; aunque limitada, su esfera de acción es suficiente para que en circunstancias normales no tenga entorpecimientos en sus negocios. Habría convenido, con todo, que su condición, en cuanto comerciante, hubiera sido la misma que la que la ley crea á los menores de edad.

ARTÍCULO 19

LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR PERSONAS Á QUIENES ESTÉ PROHIBIDO POR LAS LEYES EL EJERCICIO DEL COMERCIO, NO PRODUCEN ACCIÓN CONTRA EL CONTRATANTE CAPAZ; PERO CONFIEREN Á ÉSTE DERECHO PARA DEMANDAR Á SU ELECCIÓN LA NULIDAD Ó CUMPLIMIENTO DE ELLOS, Á MENOS QUE SE PRUEBE QUE HA PROCEDIDO DE MALA FE.

Para proceder al examen del precepto de este artículo, es forzoso resolver antes una cuestión previa que de su tenor literal se desprende: ¿cuáles son las personas á

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

quiénes prohibe la ley el ejercicio del comercio? El artículo 19, refiriéndose en general á ellas, no las enumera; ni la especificación de estas personas se encuentra en precepto alguno del Código. Sólo el artículo 622, que figura en el título del contrato y de las letras de cambio, después de expresar que las personas capaces para obligarse pueden celebrar el contrato de cambio por su propia cuenta ó por la de un tercero que las haya autorizado especialmente al efecto, agrega: «Las personas á quienes está prohibido comerciar por razón de la edad, la naturaleza de su profesión, dignidad ó estado, pueden celebrar el contrato de cambio, y girar, endosar, aceptar, pagar ó cobrar una letra, siempre que lo hagan accidentalmente, sin ánimo de especular y violar la prohibición.»

Parece claro, en vista de este precepto, que el propósito del Legislador hubiera sido establecer la prohibición para comerciar por las cuatro causas que acaban de expresarse. Ya hemos visto quiénes no pueden dedicarse al comercio por razón de la edad. Por la naturaleza de su profesión no pueden ser comerciantes los corredores jurados, ni por la declaración de cesación de pagos, los comerciantes que se encuentren en estado de quiebra. Por razón de su incapacidad absoluta, tampoco pueden ser comerciantes los dementes y los sordo-mudos que no puedan darse á entender por escrito. ¿Á quiénes alcanza la prohibición por razón de su dignidad? El Código guarda sobre este punto completo silencio.

Según el artículo 30 del Proyecto, se prohibía ejercer el comercio:

1.º Á las corporaciones eclesiásticas.

2.º Á los clérigos, aunque no tengan más que la tonsura, mientras vistan traje clerical y gocen del fuero eclesiástico.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

3.° Á los magistrados civiles, jueces letrados, inclusos los de comercio, y á los ministros togados de la Suprema Corte de Justicia y Cortes de Apelaciones, en el territorio en que ejercen su autoridad ó jurisdicción.

4.° Á los empleados en la recaudación de rentas fiscales ó municipales en los distritos, departamentos ó provincias en que desempeñan sus funciones.

5.° Á los individuos del ejército y armada que se encuentren en actual servicio.

6.° Á los abogados con estudio abierto, escribanos y procuradores.

7.° Á los agentes de cambio y corredores marítimos y terrestres.

8.° Á los infames declarados por ley ó sentencia ejecutoriada.

9.° Á los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación.

El Legislador no creyó conveniente, por un motivo que más adelante se expresará, reproducir este artículo, ni lo reemplazó por otro. ¿Cómo saber á qué personas se ha referido cuando estableció la prohibición de ejercer el comercio por razón de su dignidad? Que en el Proyecto se contuviera la disposición del artículo 622, que hemos transcrito, nada más lógico desde que existía la de su artículo 30: lo que no se explica es que se dicten reglas sobre prohibiciones que no se han establecido en la ley que se ocupa especialmente de esta materia.

El artículo final del Código derogó, aún en la parte que no fueran contrarias á él, las leyes preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan, en cuanto puedan afectar los asuntos mercantiles. Y como dedicó un título especial á la calificación de los comerciantes, para apreciar la capacidad de éstos es inevitable atenerse

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

á los preceptos en dicho título contenidos. En rigurosa interpretación, la inteligencia correcta que debe atribuirse á la ley es que, no admitido por ella el artículo 30 del Proyecto, ninguna de las reglas que allí se consignaban tiene hoy día valor legal, salvo que hayan sido materia de un precepto expreso del Código.

La nomenclatura del artículo 30 del Proyecto era evidentemente excesiva. ¿Por qué no podría ser comerciante un abogado? Todo depende de que el ejercicio de la una profesión le permita hacer frente á las exigencias de la otra. Seguramente un comerciante-abogado no será por lo común ni buen abogado ni buen comerciante. Pero esta consideración afecta sólo á su interés, y si él cree que puede dedicarse al mismo tiempo á las dos profesiones, no debía impedírsele ejercitar su actividad en las operaciones que, á su juicio, consultan mejor su conveniencia.

Estas y varias otras observaciones que pueden hacerse al artículo 30 del Proyecto, han podido aconsejar que no fuera aceptado. Pero lo cierto es que la Comisión Revisora lo suprimió para evitar los peligros que traen consigo las enumeraciones, acordando distribuir en su lugar respectivo los números 7 y 9, los cuales se registran, en efecto, en el título de la correduría y en el libro de las quiebras.

Empero, si las enumeraciones pueden ser peligrosas, son á veces necesarias; y entre peligro y peligro, puede ser mayor el que resulte de la falta de un precepto á que la ley hace referencia, sin redactarlo. Entonces la misión del encargado de aplicarla puede ser muy difícil y quizás tropezar con obstáculos insuperables, originándose á lo menos el gravísimo mal de la anarquía en los fallos.

Examinando el artículo 7.º, ya hemos manifestado que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no hay propiedad en decir que tienen prohibición para comerciar los que carecen de capacidad para obligarse. Puesto que la prohibición trae por consecuencia que el contrato no produce acción contra el contratante capaz, el cual puede á su arbitrio demandar la nulidad ó el cumplimiento de lo pactado, á menos que se pruebe que ha procedido de mala fe, es evidente que esta regla no puede ser aplicada á los impúberes, á los dementes ni á los sordomudos que no puedan darse á entender por escrito, á todos los cuales, aunque les esté cerrado el acceso al comercio á consecuencia de su incapacidad absoluta, no será, sin embargo, lícito exigir el cumplimiento de un acto mercantil.

No debe, pues, confundirse la incapacidad para obligarse con la prohibición de comerciar, porque los efectos legales que estas situaciones jurídicas producen son muy diversos. El acto del impúber, del demente y del sordomudo que no pueda darse á entender por escrito, es absolutamente nulo; y por lo tanto no puede demandarse su cumplimiento por el contratante capaz, no obstante la contraposición entre esta clase de contratante y el que tiene prohibición para comerciar, establecida en el texto del artículo en examen, y á pesar de que el artículo 622 se refiere á las personas á quienes está prohibido comerciar por razón de la edad y estado. Sería un error manifiesto sostener que sobre el absolutamente incapaz pesa la prohibición, dada la consecuencia legal que ésta origina. Quien carece completamente de discernimiento para contratar, no puede de ningún modo obligarse. Y este principio es igualmente cierto en materia comercial como en materia civil, y aplicable con igual fuerza á ambas.

Respecto de las personas relativamente incapaces, he-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mos expuesto también las consecuencias legales que han de resultar del ejercicio de la profesión, que no son otras que las que sanciona la ley civil. Ninguna consideración de lógica ni de equidad podría ser parte á establecer entre las incapacidades absolutas y las relativas distinciones que la ley no ha preceptuado expresamente en la materia especial sobre que discurrimos.

La naturaleza de sus funciones no ha de permitir que los magistrados civiles y judiciales, los empleados en la recaudación de las rentas fiscales y municipales, y los individuos del ejército y armada en actual servicio puedan dedicarse al comercio. Entre el ejercicio de sus funciones y la profesión mercantil hay, se puede decir, una incompatibilidad material. Pero el solo hecho de haber querido el Legislador evitar los inconvenientes de las enumeraciones no puede dar vida, respecto de las personas mencionadas, á la prohibición contenida en el artículo 30 del Proyecto. La verdad es que la prohibición no existe en la ley, la cual cuidó de consignar en sus preceptos la relativa á los corredores oficiales y á los quebrados que no han obtenido rehabilitación.

Que la ley haya hecho referencia á la prohibición de comerciar por razón de dignidad, sin enumerar las personas á quienes esta prohibición comprende, no significa tampoco la existencia del principio prohibitorio. En realidad, la regla no existe en virtud del artículo final del Código.

Si hubiera de ser necesario, para apreciar con acierto estas cuestiones, tener que acudir á preceptos anticuados de una legislación ya caduca, que no corresponden á las ideas ni á las necesidades de la época presente, no debe olvidarse que el artículo 19 indica las personas á quienes está prohibido por la ley *el ejercicio del comercio.* Se re-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

fiere á la profesión y no á los actos accidentales. Consecuente con esta misma regla, el artículo 622 establece que la prohibición de comerciar no es un obstáculo para celebrar el contrato de cambio y ejecutar las diversas operaciones á que da origen, siempre que no se tenga el propósito de violar la prohibición.

Nos parece, en consecuencia, que los actos aislados de comercio, autorizados por el artículo 8, no caen bajo la sanción del precepto de la ley, sin perjuicio de quedar en lo demás sujetos á los mandatos del Código, y con excepción de los corredores oficiales, á quienes se ha prohibido expresamente por el artículo 57 ejecutar operación alguna de comercio.

Celebrado un contrato mercantil con una persona á quien se ha prohibido ser comerciante y que hace acto de tal, el otro contratante puede demandar á su elección la nulidad ó el cumplimiento en el contrato, á menos que se pruebe que el segundo ha procedido de mala fe. Por mala fe debe entenderse el conocimiento de la prohibición. Entonces los dos contratantes quedan jurídicamente en condición igual. Pero si no ha existido mala fe ó no se ha probado, el uno está á la merced del otro. Esta es la sanción con que se propuso la ley hacer cumplir el precepto prohibitorio, separándose en esta parte del sistema del Proyecto, según el cual los contratos mercantiles celebrados con cualquiera de las personas prohibidas eran valederos para ambos contratantes, sin perjuicio de las penas que establezca la ley contra el que haya violado la prohibición.

José Alfonso

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL HIJO NATURAL

Jurídica y socialmente considerado, el estado civil de hijo natural es el más importante después de el de hijo legítimo, y en cierto sentido, más determinado que éste, en el cual la paternidad se impone por el hecho del matrimonio *(is est pater quem nuptiæ demonstrant)*; mientras que en aquél tiene por base el reconocimiento libre y voluntario del padre, otorgado por instrumento público entre vivos ó por acto testamentario.

Creada así la institución del reconocimiento de hijos naturales, que es una de las innovaciones más notables de nuestro Código Civil, era lógico que los derechos que la ley confiriera al padre natural, ó las obligaciones que le impusiera en sus relaciones con el hijo se hallaran á la altura de la institución, y es justo reconocer que así lo ha hecho el Código en la mayor parte de los casos, como puede notarse leyendo el título XIII del libro 1.º, correspondiente al IX del mismo libro, título éste que, según la expresión del señor Cood, podría denominarse de los derechos y obligaciones de familia.

En efecto, un mediano estudio de esos dos títulos manifiesta que el hijo natural se halla, respecto del padre que le ha reconocido con las formalidades legales, casi en las mismas condiciones que el hijo legítimo, con relación al suyo; y que si hay algunas diferencias, ellas no son sustanciales.

Tan semejantes son esas dos situaciones jurídicas, que el Código mismo, al establecer las obligaciones y derechos entre los padres y los hijos naturales, dice en el artículo 276 que las obligaciones de los hijos legítimos para con sus padres, expresadas en los artículos 219 y 220, se extienden al hijo natural. Ahora bien, el hijo natural no puede hallarse en una de las condiciones de este último artículo, en la de emancipado, puesto que la emancipación es un hecho que pone fin á la patria potestad, conjunto de derechos que la ley da al padre *legítimo* sobre sus hijos no emancipados y sobre los bienes de éstos. Jurídicamente hablando, el hijo natural no puede emanciparse; de modo, pues, que la disposición del artículo 276, en su referencia al 220, debe

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

entenderse en el sentido de que el precepto de este artículo obliga al hijo natural respecto de su padre aun cuando por la mayor edad ó habilitación de ella haya adquirido el derecho de obrar independientemente.

En su artículo 240, el Código no define la patria potestad tal cual nosotros acabamos de hacerlo, pues ese artículo se refiere sólo á los derechos sobre el hijo; pero viene á completarse la definición con el 1.º y último incisos del artículo 243, los cuales, juntamente con el 244, manifiestan claramente que en la patria potestad se comprenden también los derechos que el padre tiene sobre algunos de los bienes del hijo, por lo menos en cuanto á los frutos.

Vemos, pues, que si el Código hubiera limitado el alcance de lo que es la patria potestad á la definición que de ella da el artículo 240, habría sido difícil distinguirla del conjunto de derechos que la ley confiere al padre natural sobre sus hijos menores de edad, derechos que, en cuanto al cuidado personal de los hijos en su forma más íntima, no tiene otra limitación que la del inciso 2.º del artículo 278, sobre lo cual, á juicio nuestro, el Código no debió legislar, sino dejar el asunto á la exclusiva prudencia de los cónyuges.

La diferencia entre los dos conjuntos de derechos á que nos hemos referido, comienza en la parte relativa á la administración de los bienes del hijo de familia y la de los del hijo natural menor de edad. La de aquéllos se halla cuidadosamente reglamentada por el título X del Código; pero éste no ha dicho una palabra acerca de la administración de los segundos, derivada del hecho del reconocimiento del hijo; porque, dentro de las disposiciones del Código, el padre natural no tiene la administración de los bienes de su hijo por su calidad de tal padre, sino que, si llega á ejercerla, es en el carácter de guardador del hijo que ha reconocido.

¿Qué razón ha tenido el Código para no conferir al padre natural, por el ministerio de la ley, esa administración? Ha sido un olvido de su ilustre redactor, ó temió en esta parte ir demasiado lejos, por la razón que indica en la nota al artículo 1182 del Proyecto, la de transigir en ciertos casos con las preocupaciones? En la parte conducente á nuestro estudio, nada contie-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nen las notas que pueda contribuir á esclarecer la cuestión, é ignoramos si en los apuntes del señor Bello haya algo que indique siquiera el modo de pensar de don Andrés á este respecto.

Sin embargo, ya sea olvido, omisión voluntaria ú otra causa cualquiera, creemos que el Código debió dar al padre natural la administración de los bienes del hijo que ha reconocido como suyo, en las mismas condiciones que el padre legítimo tiene la de su hijo; y que, en la próxima revisión del Código, pedida hace ya veinte años por un distinguido jurisconsulto, se reformará la ley en ese sentido, como lógico complemento de las disposiciones del título 13.

Según nuestro Código Civil, el padre de familia administra los bienes del hijo en que la ley le concede el usufructo, esto es, aquellos que componen el peculio adventicio ordinario, excepción hecha del caso del inciso 2.º del artículo 247, en que, pudiendo tener el padre el usufructo de los bienes que allí se indican, no tiene, sin embargo, la administración; ya que, para que se entienda privado del usufructo de esos bienes, es necesario, según el número 2.º del artículo 243, que el donante ó testador haya dispuesto expresamente que el usufructo de tales bienes lo tenga el hijo y no el padre.

Buscan algunos el fundamento de este derecho del padre de familia, de esta forma suavizada de la *patria potestas* del antiguo Derecho Romano, en la incapacidad del hijo para administrar sus bienes durante cierta edad; y en que, aun cuando por Derecho Natural corresponde al padre la administración mientras la incapacidad existe, es justo concederle la remuneración consiguiente á su trabajo. Mas, cualquiera que sea el fundamento de aquella institución, ese usufructo legal, en el fondo, no es otra cosa que una compensación al padre, sancionada en nuestro Código en el último de los sentidos indicados, como indemnización por las cargas y obligaciones de familia, según parece deducirse de los artículos 228 y 1744, incisos 3.º[os], el primero de los cuales rige también respecto del hijo natural, en conformidad á lo dispuesto en el inciso 4.º del 279.

Ya hemos visto que relativamente á las cargas de familia, el padre natural se halla para con su hijo en la misma situación

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

jurídica que el padre de familia con relación al suyo. En consecuencia, y por una razón de analogía, creemos que el Código debió conceder al padre natural el usufructo de algunos de los bienes del hijo, en aquellos que, forzando los términos, podríamos también denominar peculio adventicio ordinario, y la administración consiguiente de ellos por ministerio de la ley durante la menor edad del hijo natural.

No hay, á juicio nuestro, ninguna consideración legal, moral ó siquiera de simple utilidad que á la concesión de ese derecho se oponga, ya que para la administración, si el padre natural es casado, no es necesario que su hijo viva con él, circunstancia que salva el inconveniente que el Código parece haber querido prevenir con la disposición del inciso 2.º del artículo 278.

El padre natural tiene la obligación de educar á su hijo, educación en que se incluirán, por lo menos, la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión ú oficio. Tiene, además, el derecho de elegir, tanto esa profesión cuanto el estado futuro del hijo, y el de dirigir su educación del modo que crea más conveniente (arts. 279 y 235). Vemos, pues, que, á juicio del Código, el padre natural tiene la capacidad suficiente para ejercer lo que podríamos llamar la administración física, moral é intelectual de su hijo, y la ley no se la ha concedido para la administración de los bienes de éste; como si fuese tarea menos delicada la de formar la personalidad de un individuo que la de administrar uno ó más fundos, colocar el dinero y cobrar los intereses correspondientes.

Pero el hecho es que, como ya hemos tenido ocasión de hacerlo notar, el padre natural tiene la administración de los bienes de su hijo, no en su calidad de tal padre, sino en la de guardador de aquél, puesto que es llamado á la tutela ó curaduría legítima del hijo (art. 368), cargo que puede ejercer aún siendo casado (art. 503.) Y aquí, de paso, hagamos notar una inconsecuencia del Código, que no ha eximido al padre natural, guardador de su hijo, de la obligación de prestar fianza suficiente para que el cargo pueda serle discernido. Sin embargo, la razón que se da como fundamento del caso de excepción (núm. 1.º del art. 375), es que el cariño y consiguiente interés que el cónyuge y los ascendientes y descendien-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tes legítimos del pupilo tienen por éste, es garantía suficiente de buena administración, como si el padre que libre y voluntariamente ha reconocido á su hijo, no se hallara en el mismo caso que aquéllos.

Volviendo á tomar el hilo de nuestras ideas, ¿tiene alguna ventaja la administración que, como guardador del hijo natural, se confiere al padre de los bienes de aquél, sobre la que se le confiriera por ministerio de la ley y por el solo hecho del reconocimiento, con los mismos derechos y restricciones que la que se otorga al padre de familia en los bienes de su hijo? No divisamos ninguna: en primer lugar, porque la garantía de la fianza y las limitaciones que el Código impone á los guardadores en la administración de los bienes del pupilo, se ha visto en la práctica que de poco ó nada sirven si el curador no tiene la primera de todas las garantías, la de honorabilidad personal. En segundo lugar, porque en la hipótesis de que por el ministerio de la ley se confiera al padre natural la administración de los bienes de su hijo en las mismas condiciones que la del padre legítimo respecto de los del hijo de familia, la del padre natural, á lo menos en los bienes raíces, reputados siempre los más importantes, no sería arbitraria; desde que, como se sabe, la del padre de familia en cuanto á estos bienes se halla bastante limitada en lo relativo á su enajenación ó gravamen, y equiparada, hasta cierto punto, á la administración de los tutores ó curadores.

Si, pues, como creemos haberlo manifestado, la administración de los bienes del hijo natural, ejercida por su padre como guardador, no es superior á la que se le confiriese por el ministerio de la ley y fundada en el reconocimiento del hijo, ¿por qué, volvemos á preguntar, el Código no se la ha dado, ahorrando así el trámite de pedir que se le discierna la guarda del hijo, y administrar entonces los bienes de éste, su pupilo é hijo á la vez?

L. O.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

DE LOS PACTOS "DE QUOTA LITIS" Y "DE VICTORIA LITIS"

ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE EL ARTÍCULO 1,462 DEL CÓDIGO CIVIL CORRESPONDIENTE AL ARTÍCULO 1,646 DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL.

¿Han quedado ó nó abolidos tales pactos desde la vigencia del Código Civil?

La duda nace del silencio que acerca de ellos ha guardado el Código Civil vigente desde el 1.º de enero de 1857.

De ese silencio infieren algunos que la intención de los Legisladores fué dejar subsistentes las antiguas disposiciones que condenaron tales pactos como ilícitos ó contrarios á *las buenas costumbres* (1).

Otros piensan que, al contrario, el silencio induce derogación implícita.

Veamos los fundamentos de estas opiniones.

El artículo final del Código, dice:

"El presente Código comenzará á regir desde el 1.º de enero de 1857; y, en esta fecha quedarán derogadas, aún en la parte que no fueren contrarias á él, las leyes preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan," etc.

Esta disposición es general, absoluta, terminante.

Su objeto manifiesto fué evitar las innumerables discusiones que, de otro modo, se habrían suscitado en la práctica, sobre la vigencia de las antiguas leyes, de diversas épocas, de diversas compilaciones, en todas las materias de la competencia del Código Civil.

(1) *Buenas costumbres.* Estas palabras no tienen ya entre nosotros el sentido que le daban los jurisconsultos romanos; verbigracia, en Roma era libre el divorcio, y se miraba como contrario á las buenas costumbres, pactar un matrimonio bajo la condición de no poder divorciarse los cónyuges.

Del mismo modo, al principio era gratuíta la defensa de pleitos y contrario á las buenas costumbres pedir honorario, y más tarde, cuando se permitió llevar remuneración, se tasó la cuota, y lo que pasaba de la cuota, era ilícito ó ilegal, contrario á las buenas costumbres, etc.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Á no ser así, habríamos vuelto al caos, á la confusión, á la sorpresa, á la arbitrariedad; poco ó nada se habría remediado: la tarea del Legislador habría sido infructuosa.

Los codificadores quisieron, sin duda, que en adelante no aplicáramos otras reglas que las consignadas en el Código Civil, como única fuente de Derecho Privado.

Por esto es que, en virtud del artículo final, han quedado abolidas muchas instituciones antiguas, incompatibles con nuestras costumbres, como la adopción, la legitimación por rescripto, las dotes *por premio*, las hipotecas tácitas legales, las sustituciones pupilar y ejemplar, la restitución *in integrum*, etc.

Basta que no se encuentren reproducidas para tenerlas por derogadas.

El silencio es tan significativo como la palabra escrita, en nuestro caso.

Otro argumento resulta de la comparación del Proyecto de Código Civil con el mismo Código Civil, tal como fué sancionado y promulgado en 14 de diciembre de 1855, para principiar á regir desde el 1.º de enero de 1857.

La comparación nos induce á presumir que la intención de los codificadores no pudo ser otra que la abolición de los *antiguos pactos* de que tratamos.

Como todos saben, el Proyecto de Código Civil redactado por don Andrés Bello y publicado en 1853, sirvió de base para la discusión á la Comisión Revisora, quien aceptó, suprimió ó modificó varios artículos de los 2,707 de que consta ese Proyecto de Código Civil.

Pues bien, el artículo 1,646 del Proyecto dice:

"No vale la promesa de pagar al abogado una parte ó *cuota* de la cosa sobre que versa la litis; ni de darle una suma de dinero, ó un premio cualquiera apreciable en dinero, si vence en el pleito; ni la renuncia de la prescripción trienal de lo que se debe por honorario de abogados, procuradores, etc., ni estipulación alguna en contravención á las reglas del Derecho Público chileno."

Como se ve, este artículo 1,646 del Proyecto abraza cuatro disposiciones distintas, especiales.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Las dos primeras son las relativas á los pactos *de quota litis* y *de victoria litis.*

La tercera es relativa á la irrenunciabilidad de la prescripción trienal de honorarios.

La cuarta versa sobre la nulidad absoluta ó ineficacia de las estipulaciones en contravención á las reglas de Derecho Público chileno.

Si buscamos ahora, en el Código Civil, el artículo correspondiente al 1,646 del Proyecto, no lo encontraremos, porque no existe en realidad.

De donde es lícito inferir que fué desechado por la Comisión Revisora con madura deliberación.

¿Qué razones pudo tener para ello la Comisión?

No las conocemos de cierto.

No han quedado actas de las discusiones.

No hubo secretario oficial que hiciera siquiera un estracto para darnos alguna luz sobre ello.

Nos falta esa parte, no poco importante, de la historia fidedigna de la ley civil chilena (art. 19, Código Civil).

Sin embargo, podemos conjeturar que tuvo algunas razones para no aceptar el artículo 1,646 del Proyecto.

Desde luego, la ilicitud de los pactos *de quota litis* y *de victoria litis*, nacía de la prohibición de celebrarlos, desde que se permitió pedir honorarios.

La ley habría tasado los honorarios.

Lo que excediera de la tasa legal, se miraba como una contravención, que no sólo anulaba el pacto, sino que sujetaba al contraventor á la pena de suspensión ó de privación de oficio.

Los emperadores romanos, y los reyes de España, sus imitadores, revestidos de un poder absoluto, creían que no había otra regla que su *criterio*, importándoles muy poco las limitaciones de la libertad de pactar entre abogados y clientes, sobre honorarios ajustados al mandato.

La ley romana (del año 533), fijó la mayor tasa de todo honorario en *cien áureos.*

La ley de Partidas (del año 1256) tradujo *cien maravedís: Imo palmarie, nomine pascisci potest advocatus pro singulis causis*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

usque ad centum aureos; at pascisci de quota litis, non est permissum (5. XIII. 2.): "el mayor salario del abogado por su trabajo, non suba de *cien maravedís* arriba. Otrosí, defendemos al abogado de facer postura con el dueño del pleito de recibir cierta parte de aquella cosa sobre que es la contienda." (L. 14., t. 6, P. 3.)

Dada esa tarifa legal, era consiguiente deducir que los pactos que excedieran de ella, violando la prohibición, debían ser considerados como contrarios á las buenas costumbres, ó ilícitos.

La Comisión Revisora tomaría en cuenta que había pasado la época de las tasas legales ó tarifas de profesiones ó carreras que suponen largos estudios; que el régimen antiguo era incompatible con los progresos modernos; que la honorabilidad misma de la abogacía no debía rebajarse, suscitando sospechas contra ella por abusos; que la libertad de pactar entre abogados y clientes no era ya peligrosa, teniendo éstos la elección de aquéllos en número tan considerable, que lejos de disminuír aumenta anualmente; que los pactos *de quota litis* y *de victoria litis*, nada tenían en sí mismos de inicuo ó de inmoral, concurriendo los requisitos necesarios para obligarse por declaraciones de voluntad (art. 1,445 del Código Civil); que era frecuente que clientes ricos ó pobres no quisieran ó no pudieran ofrecer desde luego recompensa, prefiriendo celebrar un pacto *aleatorio*, que aceptado, no dejaba al abogado otra garantía de pago para remunerar su trabajo que lo mismo que se obtuviera en juicio, etc., etc.

Pero sean cuales fueren las razones, es lo cierto que la Comisión Revisora no aceptó el artículo 1,646 del Proyecto en la forma redactada por el señor Bello.

Sin embargo, la repulsa no fue absoluta, completa; se limitó á las disposiciones relativas á los pactos *de quota litis* y *de victoria litis*.

La disposición relativa á la irrenunciabilidad de la prescripción trienal de honorarios, si se suprimió, debió ser por considerarse comprendido en la disposición general del artículo 2,494 del Código Civil (correspondiente al art. 2,679 del Proyecto); pues, si la prescripción no puede renunciarse sino sólo después de cumplida, claro es que no es materia de pacto la renuncia de la prescripción *futura*.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La prescripción es de Derecho Público, de interés general y se le aplica de lleno la regla: *privatorum conventio juris publico non derogat* (45 de R. T. Digesto, lib. 50, tít. 17).

La cuarta disposición del artículo 1,646 del Proyecto pasó al Código Civil, bajo la nueva redacción del artículo 1462, que dice:

"Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público chileno."

"Así, la promesa de someterse en Chile á una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto."

Veamos ahora las leyes citadas por el autor del Proyecto en la nota al artículo 1,646.

El señor Bello, en la advertencia que puso á la edición de su Proyecto del año 1853, por la Imprenta Chilena, nos dice:

"Que en las notas ha apuntado 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."

¿Qué fuentes apuntó al artículo 1,646?

Seis leyes españolas, cuyo estracto vamos á presentar.

1.ª,—La 14, t. 7, P. 3, que dice:

"Reconocer debe la parte el trabajo que lleva el abogado en su pleyto, pagándole su salario así como puso con él... de manera que el mayor salario que pueda ser non suba de cien maravedís arriba... Otrosí, defendemos, que ningún abogado non sea osado de facer postura con el dueño del pleyto de recibir cierta parte de aquella cosa sobre que es la contienda (so pena de privación de oficio como persona enfamada et demás que el pacto non le vala).

2.ª,—La 22, t. 22, lib. 5, Nov. Rec. (del año 1579):

"El abogado no iguale por razón de la victoria del pleito, so pena de suspensión de oficio por seis meses."

3.ª,—La 9.ª, t. 11, lib. 10, Nov. Rec. (del año 1579):

"Mandamos que los letrados solamente puedan pedir de los salarios, lo que se les debiere de los tres últimos años, salvo si se ha contestado demanda sobre ello, y *que lo contenido en esta ley, no se pueda renunciar, etc.*

4.ª,—La 7, t. 1., lib. 4, Nov. Rec. (del año 1455):

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Ningún lego sea osado á citar ni emplazar á otro lego delante del juez de la iglesia ú otorgar obligación en que se someta á la jurisdicción eclesiástica sobre cosas profanas," etc.

5.ª,—La 6, t. 1, lib. 10, Nov. Rec. (del año 1480):

"Los legos non fagan contrato para obligarse con juramento por do se sometan á la jurisdicción eclesiástica; y la obligación non vala, ni haga fe ni prueba" etc.

6.ª,—La 7, t. 1, lib. 10, Nov. Rec. (del año 1482):

"Á los que á Nos querellaron que la ley anterior era contra la libertad y jurisdicción eclesiástica, respondemos que la dicha ley es justa y se pudo hacer bien en derecho y no es contra la libertad eclesiástica," etc.

De estas seis leyes, las dos primeras no tienen interés alguno jurídico, sino histórico, si es cierto que los pactos de que tratan quedaron abolidos desde la vigencia del Código Civil, en enero de 1857.

La tercera, de la prescripción trienal, será una de las fuentes del artículo 2,521 del Código Civil correspondiente al artículo 2,703 del Proyecto, que no tiene nota del autor.

La cuarta, quinta y sexta, son manifiestamente las fuentes del artículo 1,462 del Código Civil como tomado de la cuarta disposición del artículo 1,646 del Proyecto.

Concluyamos esta corta disertación haciendo notar que la primera edición del Código Civil por la Imprenta Chilena, de cuenta particular, salió adornada en 1858 con las *notas* tomadas del Proyecto del señor Bello; pero el editor omitió las leyes correspondientes al artículo 1,462, que fué sacado del artículo 1,646 del Proyecto que tiene sus notas.

Las otras dos ediciones por cuenta particular, á saber: la de 1871 por la imprenta de la *Libertad*, y la de 1877 por la imprenta del *Mercurio*, no han suplido la omisión, poniendo la *nota* del artículo 1,646 del Proyecto, al artículo 1,462 del Código Civil.

Sospechamos que los editores se limitaron á copiar las notas de la edición de 1858, sin examen ó sin revisión de los originales.

Seguramente no ha de ser esa la única omisión; hay muchas otras en cuanto á las notas.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Advertimos esto, para que los que emprendan una nueva edición del Código Civil, se tomen el molesto y prolijo trabajo del cotejo de las notas del Proyecto con las notas de la edición del Código Civil del año 1858.

B. A. VILA.

ANOTACIONES AL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(Continuación)

ART. 489. Debiera agregarse á la enumeración de este artículo, dos números más:

5.º Por el apremio establecido en la regla 1.ª del artículo 1,553 del Código Civil para las obligaciones de hacer.

6.º Por las multas disciplinarias que el tribunal impusiere.

ART. 491. Falta en la enumeración de exceptuados del apremio personal:

1.º El Presidente de la República.

ART. 494. Dice: *No haciéndose* el pago. . .
Dígase:

No pudiendo ó no alcanzando á hacerse el pago con los bienes embargados, podrá procederse. . .

ART. 500. La disposición de este artículo tendrá exacta aplicación, siempre que el embargo haya recaído en bienes propios del deudor ó de que estuviere en posesión; pero no en bienes ajenos ó embargados sin conocimiento de su dueño ó actual poseedor.

En el segundo caso, ¿por qué obligar á entablar tercería, cuando es procedente la acción posesoria de amparo ú otra análoga?

Sería oportuno otro artículo con la numeración de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 500, bis. El dueño ó poseedor de los bienes que en ejecución contra otro se embargaren sin su conocimiento, ó de que el deudor no estuviere en actual posesión, podrá optar por tercería ó por acción posesoria, según viere convenirle.

ART. 511. Debiera agregarse al final de este artículo:

sin perjuicio de que el deudor pueda intervenir como parte coadyuvante.

ART. 521, Inc. 2.° Dice: «Á ella deben concurrir también el deudor y el síndico provisorio.»

Léase:

Á ella también deben concurrir el deudor *personalmente* y el síndico provisorio.

La comparecencia personal es necesaria porque generalmente por medio de apoderados no pueden darse las explicaciones exigidas al fallido.

ART. 525. Este artículo no tiene sanción alguna para el caso de negarse á jurar. Puede con ese objeto agregarse un inciso:

El que se negare á jurar no tendrá voto en las deliberaciones ó será excluído del concurso.

ART. 526. Dice al final: «Para el solo efecto de determinar en el acto de la votación los derechos de los acreedores.»

Léase:

Para el solo efecto de determinar *el derecho de los acreedores con respecto á la votación.*

ART. 533. Inc. 2.° En lugar de este inciso según el cual, no habiendo sino una sola hipoteca, se omite el nombramiento de síndico especial, asumiendo la representación el síndico general, se sustituirá este otro:

En cuanto á las fincas gravadas con una sola hipoteca, no tendrá lugar el nombramiento de síndico particular, *y el respectivo acreedor hipotecario seguirá su ejecución con citación y audiencia del síndico del concurso general.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 541. ¿Podrá el síndico celebrar *igualas* con abogados? Con la aprobación del juez.

Después del numerando 6.°, y en inciso separado, conviene agregar:

Para transigir ó celebrar igualas con abogados necesita de la aprobación judicial.

ART. 546. No se dice por cuánto tiempo ó número de veces debe publicarse el aviso de la presentación de la cuenta. Sólo dispone que por *quince* días permanezca en la secretaría á disposición del deudor y de los acreedores.

Al final del inciso 2.° podría designarse:

El aviso se publicará por tres veces, y con intervalos de tres días á lo menos durante los referidos quince días.

ART. 572. Nada dice este artículo sobre *citación* para sentencia, trámite esencial.

"Transcurrido el término de emplazamiento..." Pero este término es el designado por el artículo 561, inciso 2.°, para la segunda junta, *la de verificación.*

¿De modo que bastaría el transcurso de este término, para, *sin más* citación, dictar sentencia?

Á más del transcurso de dicho término, se pronunciará sentencia de grados después de puestas en estado de sentencia las cuestiones sobre verificación y preferencia de créditos.

¿Cuándo se entenderán puestas en ese estado? ¿Pedirá autos el juez en cada una de esas cuestiones? Lo mejor es dar un auto general de citación para sentencia.

Y el artículo quedaría en esta forma:

Transcurrido el término de emplazamiento para los acreedores que no hayan comparecido, y puestas en estado de fallar todas las cuestiones seguidas sobre verificación ó preferencia de créditos, *se pedirán autos para sentencia de grados* y el tribunal la dictará, debiendo contener:

1.°... 2.°... 3.°...

ART. 573. Consecuente con la observación hecha al artículo 533, debe agregarse al final del primer inciso:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Salvo el caso dispuesto en el inciso 2.º del artículo 533.

ART. 575. No dice desde cuándo correrá el duplo del emplazamiento para los acreedores del extranjero.

¿Si desde la citación prevenida en el artículo 561 para la segunda junta, esto es, la de verificación de créditos, ó si desde el depósito de la cantidad que se manda reservar según el artículo 575 para los acreedores residentes fuera de la República?

En el primer caso, como parece disponerlo el artículo, puede suceder que el depósito venga á tener lugar cuando se haya vencido el duplo del emplazamiento, como sucedería según el número y tramitación de las cuestiones derivadas de la verificación.

Y en el segundo caso sería menester publicar aviso sobre el depósito, para que desde esa fecha corra el duplo del emplazamiento ó simplemente un solo emplazamiento.

Preferimos el segundo cómputo y el artículo quedaría así:

La cantidad reservada para los acreedores residentes fuera del territorio de la República permanecerá en depósito hasta el vencimiento del emplazamiento señalado por la ley para el país de la residencia de dichos acreedores; y si no se presentaren ni solicitaren dentro de este término el reconocimiento de sus créditos, será repartido entre los acreedores reconocidos.

Agréguese un inciso 2.º

El emplazamiento se contará desde la última de tres publicaciones que se harán en un periódico del lugar y en el Diario Oficial de la República, avisando la existencia de dicho depósito.

ART 576. Dice: «tres meses despues de aprobada la cuenta del síndico». . .

Siendo tan indeterminado el día de la aprobación, sobre todo si hay cuestiones en la verificación y apelación de la sentencia de grados, etc.

Para salvar este inconveniente y precisar el día *inicial* de los tres meses, convendría hacer las mismas publicaciones prevenidas para el artículo anterior.

Al artículo 576 agréguese un segundo inciso igual al del artículo 575, empezando con la frase:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Los tres meses se contarán desde la última de tres publicaciones . . .

ART. 587. El inciso 1.° quedaría mejor redactado en esta forma:

Reunidos los acreedores, *si no se hubiere hecho antes la verificación de los créditos, se procederá á ella* en la forma prevenida por el artículo 524, y el tribunal someterá á su deliberación las proposiciones de convenio.

ART. 589. Este artículo manda que, aprobado el convenio, sea puesto en conocimiento de los acreedores que no concurrieron á la junta.

Pero si hubiere precedido concurso, ¿no bastaría la notificación al síndico?

Si para los efectos de la sentencia de grados basta el emplazamiento para los acreedores que no concurren al concurso, ¿por qué no sería lo mismo en el juicio del convenio?

Ya que establece diferencia en uno y otro caso, no dice el artículo cómo se daría conocimiento del convenio á los no concurrentes. No podría ser sino por publicación durante un plazo.

Al artículo se agregaría: Inciso 2.°:

Los acreedores presentes en el lugar del juicio serán notificados en la forma ordinaria y los demás por medio de la publicación del convenio en la forma dispuesta en el artículo 575, rigiendo para éstos el respectivo emplazamiento.

ART. 591. Dice: "y desde la notificación que se les hiciere, en conformidad á lo dispuesto en el artículo 589, respecto de los demás."

Léase: "y desde la notificación ó *vencimiento del emplazamiento*, en conformidad á lo dispuesto en el artículo 589, respecto de los demás.

ART. 598. Según el número 2.° de este artículo, basta, para la formación de concurso necesario, que haya *una ejecución* y lo pida otro acreedor de *plazo vencido* y con título *ejecutivo*. Y según el número 3.°, basta que haya dos ejecuciones y lo pida cualquiera de estos acreedores, ó un tercero con título aunque no sea de plazo vencido.

Por consiguiente, está demás en el número 2.° la frase *ó más ejecuciones*, por estar comprendido este caso en el número 3.°

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Bastará decir en el número 2.°:

Cuando *iniciada* con el correspondiente título ejecutivo *una ejecución*, no hubiere el deudor. . .

ART. 605. Dice: "dentro de cinco días."
Es corto el plazo. Podría ampliarse á *seis ú ocho* días.
ART. 612. Dice: "para *retener* la posesión" . . .
Léase:

1.° Para retener, *conservar* ó *amparar* la posesión. . .

ART. 614. Dice el artículo: "que la determinación de perjuicios procedente de la condenación en una querella se reservará para la vía ordinaria."

No vemos inconveniente para que pueda hacerse *sumaria* y *pericialmente* en los más de los casos, sin necesidad de la vía ordinaria.
El artículo quedaría más correcto en esta forma:

En estos juicios la sentencia condenatoria lo será con indemnización de perjuicios, si hubieren sido demandados.

La determinación de éstos se reservará para la vía ordinaria, salvo que el interesado pida que se haga desde luego sumariamente con sólo el dictamen de peritos.

ART. 615. En el número 1.° dice: "*del derecho* en que pretende ser amparado."
Léase:

Del derecho *ó cosa* en que pretende ser amparado.

En el número 2.° dice: "por medio de actos que expresará circunstanciadamente."
Léase:

Por medio de actos que expresará circunstanciadamente, *ocurridos dentro del año anterior á la demanda.*

ART. 616. En lugar de la tramitación establecida en este artículo y siguientes, que equivale á un juicio verbal ordinario, es preferible (como más breve y expedita) la tramitación que sigue: (Es la actual con ciertas modificaciones).

Presentada la querella en la forma enunciada en el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

artículo anterior, se mandará rendir la información ofrecida *con citación* del querellado, quien tendrá *tres* días para formular oposición ofreciendo *contra-información.*

ART. 617. Artículo reformado:

Si el querellado nada dijere dentro del término señalado en el artículo anterior, se recibirá la información ofrecida por el querellante, que podrá ser cometida á un ministro de fe, y con el mérito de ella el juez resolverá.

ART. 618. Articulo reformado:

Si el querellado formulare oposición, se recibirá el interdicto á prueba por *seis* días, que podrán ser prorogados hasta doce á petición del querellante, y por más tiempo á petición unánime de ambas partes.

En el mismo auto de prueba se mandará, sin necesidad que las partes lo pidan, que no se innove, y se suspenda mientras tanto todo acto en la cosa ó derecho de cuya posesión se trata.

ART. 619. Artículo reformado:

El querellante en la querella y el querellado en su oposición expresarán sus medios probatorios; y si fuere prueba testimonial designarán la lista de testigos y lugar de su residencia.

ART. 620. Artículo reformado:

Cada parte sólo puede presentar hasta *seis* testigos sobre lo principal y tres más si también hubiere tachas alegadas que probar.

Las tachas podrán ser alegadas hasta el momento del examen de los testigos, y se pondrá constancia de ellas en el acta de examen de cada uno de ellos.

ART. 621. Artículo reformado:

Las partes pueden presenciar el examen de los testi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

gos, y también repreguntarlos por conducto del juez cuando ante él se practicare el examen.

ART. 622. Artículo reformado:

Concluído el término probatorio, de oficio ó á petición de parte, el juez, agregada la prueba, pronunciará sentencia. Si diere lugar á la querella, será apelable la sentencia en el efecto devolutivo.

Y en el caso contrario será apelable en ambos efectos.

NOTA. Sigue el artículo 625 del Proyecto de Código.

ART. 627. Iguales observaciones á las del artículo 615.

En el número 1.º donde dice: "del derecho en que pretende ser amparado."

Léase: "del derecho ó *cosa* en que pretende ser *restituído.*"

Al final del número 2.º agréguese:

... ocurridos dentro del año anterior á la querella.

ART. 628. Tratándose de la querella de despojo, creemos que el despojante, que hasta cierto punto se hace justicia por sí mismo, si no debiera ser oído absolutamente como en la práctica actual, al menos debiera tener menor amplitud de defensa que en una querella de amparo.

Bajo este espíritu están redactadas las disposiciones que en reemplazo del artículo 628 siguen á continuación:

ART. 628 *a.* Presentada la querella de despojo, se mandará rendir la información con citación del querellado, quien podrá sólo rendir una contra-información con citación del querellante para el efecto de tenerse presente al resolver.

En concurrencia de testigos para declarar, del querellante y del querellado, se dará preferencia á los del primero.

ART. 628 *b.* Tres días después de la citación del querellado si estuviere rendida la información del querellante,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se llevarán los autos al juez para resolver, salvo que el querellante solicite mayor plazo, que el juez concederá no excediendo la prórroga de diez días.

ART. 628 *c*. Son aplicables á la querella de despojo las disposiciones de los artículos 622 (reformado), 625 y 626.

JOSÉ RAVEST

(Continuará)

¿QUIÉN SUBROGA Á LOS ALCALDES DE LOS departamentos donde no hay juez de letras, en caso de impedimento, en el desempeño de sus funciones judiciales?

Á pesar de ser obvias y palpables las razones que militan para hacer desaparecer de nuestra administración de justicia, la vetusta institución de los juzgados de primera instancia servidos por los alcaldes municipales, subsisten aún en algunos departamentos, como el nuestro, que no han logrado el beneficio de un Juzgado de Letras.

Como consecuencias naturales surgen dificultades en el buen servicio, deficiente á pesar de la más firme buena voluntad por parte de los alcaldes; y como corolario seguro, las quejas y recriminaciones, muchas veces notoriamente injustas, contra la administración de justicia, culpando personalmente á los jueces y subalternos de las demoras y cortapisas provinientes únicamente de la ley.

La buena administración de justicia debe ser uno de los timbres más gloriosos de todo país floreciente y celoso de su preponderancia y prosperidad, pues con ella están garantidos los derechos públicos y privados de todos los habitantes, y sus propiedades y sus industrias; mereciendo, por consiguiente, en Chile la más preferente atención del Gobierno, sin limitarla á los altos tribunales del Estado, sino haciéndola extensiva hasta los jueces del más humilde villorrio, en cumplimiento de nuestro lema: *Igualdad ante la ley.*

Un caso práctico ha venido á poner más de manifiesto la ne-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cesidad tangible de mejorar el servicio judicial de todos los departamentos, sin excepción.

Hallándose ausente uno de los alcaldes, desempeñaba el otro el juzgado de primera instancia; pero una enfermedad repentina lo obligó á no continuar en el servicio del juzgado.

En tal emergencia, para que no quedara acéfalo el juzgado, se designó por la gobernación departamental, para reemplazar al alcalde, al primer regidor, fundándose la gobernación en el decreto supremo de 17 de octubre de 1842.

Funcionó el regidor durante algunos días; pero resoluciones del señor juez letrado de Copiapó, en causas elevadas á su conocimiento con arreglo á la Ley de 15 de octubre de 1875, declaran nulo lo obrado por el regidor, quien debió abstenerse, y se abstuvo, de continuar desempeñando el juzgado, que se halla nuevamente en acefalía.

Ahora bien, ¿quién está llamado á reemplazar á los alcaldes ausentes ó impedidos, en el desempeño de sus funciones judiciales?

La ley de 12 de septiembre de 1887 se limita, en su artículo 99, á vincular en el segundo y tercer alcaldes la jurisdicción que les defiere el párrafo II del título III de la Ley de 15 de octubre de 1875; pero esto sólo no nos da luz sobre la subrogación que pueda imponerse por acontecimientos imprevistos.

No es ni puede ser intransigente é ineludible el mandato de residencia que impone la ley municipal á los alcaldes, porque sería tiránica tratándose de cargos concegiles; y aunque en el artículo 32, parte segunda, previene que en caso de vacante de los puestos de alcalde, serán proveídos en la primera sesión ordinaria ó extraordinaria que celebre la Municipalidad, no es ni siquiera racional juzgar que esas renovaciones se hagan frecuentemente, por impedimentos transitorios, que no influyen en el servicio ordinario de la Municipalidad; pero que se hacen sentir de un modo grave en el servicio judicial.

Poner en vigencia el reemplazo que dispone la ley en su artículo citado, será un deber de las Municipalidades tratándose de causales que arrojen mérito para suponer abandono de los deberes inherentes al cargo de alcalde, ó incapacidad sobreviniente por enfermedades de larga duración ó ausencia indetermi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nada, que haga presumir cambio de domicilio; pero por ausencia proviniente de negocios urgentes ó enfermedades ligeras, sería incurrir en una falta mayor que la que se tratara de remediar, sembrando desuniones en el seno mismo de la corporación municipal y engendrando los rencores que indudablemente produce la postergacion ó cambio de lugar jerárquico.

El decreto supremo de 17 de octubre de 1842 determinaba los casos excepcionales en que podían los regidores suplir transitoriamente la falta de los alcaldes ordinarios, y la Ley de 15 de octubre de 1875, nada estatuye en el artículo 52, que haga presumir prohibición absoluta de los regidores para subrogar á los alcaldes, en los casos prudentemente detallados en el decreto de 17 de octubre de 1842, y han coexistido hasta la promulgación de la nueva ley de Municipalidades, que ordena, en su artículo final, que desde la vigencia de esa ley quedarán derogadas todas las leyes sobre organización y atribuciones de las Municipalidades, derogando por consiguiente el supremo decreto de 1842, que como reglamentario formaba parte integrante de la antigua ley de Municipalidades de 8 de noviembre de 1854.

Por consiguiente, la ley de 12 de septiembre de 1887 ha dejado un vacío que en la práctica produce males de trascendental consecuencia en la administración de justicia, imponiendo la acefalía á los juzgados de primera instancia, en caso de impedimento de los alcaldes, y se hace indispensable la reglamentación de la ley en tan importante ramo de administración pública.

SINFOROSO UGARTE A.

Chañaral, 21 de agosto de 1888.

¿ES Ó NO FATAL EL TÉRMINO FIJADO EN EL artículo 70 del Código de Minería para contradecir el denuncio de despueble?

Dice el artículo: "No pareciendo contradictor legítimo en el plazo de diez días, contados desde la citación, el juez expedirá

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

un auto en que declarará despoblada la mina y mandará registrar el pedimento.»

Puede ocurrir que, por atenciones preferentes, ó falta del juez ó por cualquier inconveniente ajeno al denunciante, no se expida el auto de despueble luego de expirados los diez días después de los cuales la ley ordena pronunciarlo; y que, durante esta dilación inculpable para el interesado, venga el último poseedor ú otro á oponerse é impedir así el cumplimiento del mandato legal. El caso no es improbable, y su estudio no carece del interés práctico que entrañan todas las cuestiones relativas á la constitución de la propiedad minera y á la claridad y expedición de los derechos á ella adictos.

Las antiguas Ordenanzas hacían citar al último poseedor y colindantes por medio de pregones en tres domingos, y conferían la posesión de la mina al denunciante, vencido el término de los pregones, sin oír después oposición alguna sobre la posesión. La oían acerca de la propiedad dentro de los sesenta días siguientes y no después. Eran así perentorios los plazos que se concedían para oponerse al denuncio de despueble, como que con ello se obedecía al marcado espíritu de la legislación minera en orden á tener las minas en constante y útil explotación, y, de consiguiente, al abrigo de moratorias y contiendas dañinas á la industria y al desarrollo de una propiedad cuyo principal atributo es el trabajo continuo.

En el propio ó más acentuado espíritu se inspiró el Código; y estableciendo que la posesión y la propiedad se constituyan en un mismo título y procedimiento, fué lógico en refundir en uno solo los términos de las Ordenanzas y en conservarle el carácter de perentorio que también los principios de la legislación común establecida cuando se dictó el Código de Minas, asignaba á los plazos que las leyes fijan para hacer expirar ó surgir derechos. Y por lo mismo que el Código rodeó de más garantías al último poseedor, disponiendo, en primer término, su citación personal ó la de su administrador, y, en segundo y aparte de los edictos análogos á los antiguos pregones, la notificación por la prensa, reservando todavía el recurso rescisorio del artículo 74, no pudo ver inconveniente en reducir á sólo diez días el plazo del artículo 70, pues conocido el denuncio por los medios so-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

bradamente eficaces del artículo 69, la falta de comparecencia á contestarlo en tiempo carece de excusa é induce el abandono que la ley toma siempre en cuenta para hacer que el que no cumple con atender una mina, ceda, sin tardanza y sin mayor perjuicio para la industria, su lugar á otro que se ofrezca á poseerla legal y útilmente.

El artículo que estudiamos no tuvo para qué decir que el plazo que designa es fatal. Esto ó la cláusula de no ser oído después contradictor, habría sido ociosa é impropia de la precisión de la ley, que no debe abundar en especificaciones que fluyen de su claro sentido y de principios consagrados. El Legislador de 1874 no pudo desconocer la doctrina de que todo término señalado por la ley debe entenderse fatal, á menos que la ley misma autorice para no sujetarse á él en ciertos casos. Doctrina es ésta establecida en el artículo 49 del Código Civil, no sólo respecto de la materia exclusiva de este Código, sino de toda otra, pues el artículo figura en un párrafo destinado á definir varias palabras de uso frecuente en las leyes, sin distinción de especie.

Según esta general disposición, "cuando se dice que un acto debe ejecutarse *en* ó *dentro* de cierto plazo, se entenderá que *vale* si se ejecuta antes de la media noche en que termina el último día del plazo". Bien se comprende que las palabras de este artículo no son sacramentales, y que es aplicable á cualquiera prescripción legal que, en una ú otra forma, señale un término dentro del cual ha de ejecutarse un acto.

Ahora bien, al decir el artículo 70 del Código de Minería que "no pareciendo contradictor legítimo en el plazo de diez días contados desde la citación, el juez expedirá un auto en que declarará despoblada la mina," significa virtual é inequívocamente que quien puede contradecir el denuncio debe hacerlo en dicho plazo. La ley se refiere á un acto, cual es la comparecencia á oponerse al denuncio en determinado tiempo, acto que, según el artículo 49 del Código Civil, *vale* si se ejecuta antes de la media noche del último de los diez días señalados, y que rigurosamente *no vale* ó no procede, si se ejecuta después.

Nos parece esto de toda evidencia. De otro modo, estarían condenadas á inobservancia é inutilidad casi todas las leyes en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que se habla de términos, siendo muy rara la que fija alguno con la expresión de fatal; y lo que es más, estarían expuestos á perpetua incertidumbre los derechos cuya expiración u origen están vinculados á los plazos legales.

Esta teoría es de más rigurosa aplicación tratándose de las leyes de minería en las que, como es sabido, prepondera el espíritu de hacer breves y perentorios los trámites para organizar la propiedad.

El caso especial en que nos ocupamos no se ha ofrecido, que se sepa, á la decisión de la justicia; pero, en otros análogos, han tenido los Tribunales ocasión de acoger la doctrina y de fundar en ella importantes resoluciones. Para no ser difusos, citaremos sólo dos fallos, el uno con aplicación de las Ordenanzas y el otro del Código.

La sentencia que lleva el número 2,576 en la *Gaceta de los Tribunales* de 1875, considera fatal el plazo que las Ordenanzas de Nueva España fijaban para oponerse al denuncio de minas por inconcurrencia de gastos comunales. El segundo considerando de esta sentencia, suscrita en primera instancia por el juez señor Menare y en segunda por los señores Santa María, Vargas Fontecilla, Ugarte Zenteno y Amunátegui, está así concebido: "*Considerando: que los plazos señalados por las leyes en cuyo lapso se acuerda un derecho no pueden entenderse sino perentorios ó fatales para el objeto que asignan, así es que, vencidos, prescribe ó se pierde el derecho*"...

Aplicando este considerando al derecho que el artículo 70 del Código de Minas concede para contradecir el denuncio en el término de diez días, es obvio que prescribe ó se pierde este derecho por consecuencia de ser fatal ó perentorio el plazo designado para ejercitarlo.

El segundo fallo es de reciente fecha, y lleva el número 2,765 en la *Gaceta* de 1887. El cuarto considerando, completado en la confirmatoria de la Segunda Sala de la Ilustrísima Corte de Santiago, dice: "El denunciante de mina despoblada sólo tiene el plazo de sesenta días para ratificar su registro, *supuesto que si no lo hiciera dentro de este plazo, podría prolongar á su voluntad el tiempo para cumplir ese mandato legal, lo cual es contrario al espíritu que domina en el Código de Minería, que fija plazos fatales*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

para la constitución del título provisorio de las propiedades mineras, mediando interés de terceros.»

Una comprobación de esta doctrina se halla en los artículos 38, 72 y 40 del Código de Minería, aplicables, conforme al artículo 73, á la formación del título provisional de la propiedad de las minas despobladas, materia que es la del artículo 70.

El primero dispone que si el registrador no labra el pozo y galería ó no ratifica el registro dentro de los respectivos plazos legales, pierde su derecho en favor del primero que denuncie la infracción, «antes de haber sido subsanadas por el registrador esas faltas.» Esta frase advierte claramente que, para quitar á los plazos de la labor y de ratificación del registro, siquiera sea transitoriamente, la calidad de perentorios que de suyo entrañan esos plazos legales, ha tenido la ley necesidad de autorizar expresamente al registrador para sanear la mora, cuidando de circunscribir esta autorización excepcional á antes del denuncio de otro, ya que el mero denuncio origina un derecho que no puede ser menoscabado por quien ha perdido el suyo dejando expirar el término de la ley.

Así también, el artículo 72 cuida facultar al denunciante para purgar la demora en agitar su denuncio más allá del plazo de un mes hábil y antes de otro denuncio posterior, autorización que sería ociosa é impropia de la ley, si ésta no preentendiera que son fatales sus plazos, sin facultar expresamente el uso de un derecho fuera del vencimiento.

De igual modo, prescribiendo el artículo 40 que el error acerca de cualquiera de las circunstancias designadas en la ratificación del registro pueda subsanarse en todo tiempo, manifiesta que sin esta meditada declaración, el error de circunstancias integrantes de la ratificación que tiene un plazo fijo, no habría podido subsanarse fuera de este plazo.

Llama la atención que cada vez que la ley de minas autoriza ejecutar un acto más allá del término legal, lo hace sin perjuicio del interés de tercero, de laya que, mediando este interés, no procede la autorización, y los plazos legales recobran su propia calidad de perentorios.

Este designio de la ley en negar la prórroga que perjudica á tercero, adquiere mayor fundamento tratándose de disposicio-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nes que, como la que comentamos, no autorizan el saneamiento, ni podrían hacerlo sin daño de un positivo interés de tercero, interés que es un verdadero derecho en el denunciante.

Porque es preciso considerar que, al prescribir el artículo 70 que, "no pareciendo contradictor en el plazo de diez días, el juez expedirá un auto en que declarará despoblada la mina", concede de perfecto derecho al denunciante para obtener despueble sin más espera ni trámite, pues que el juez puede y debe pronunciarlo desde luego. Así, la audiencia intempestiva de un contradictor sería manifiestamente frustránea de este derecho del denunciante, y, como tal, contraria al principio invariable del Código de Minería en no autorizar actos ejecutados fuera del plazo que les está asignado, cuando media interés de tercero.

Tan no ha contemplado la ley, vencido el plazo del artículo 70 sin contradicción, derecho alguno en el anterior dueño de la mina que, aun cuando el denunciante se descuida en agitar su denuncio, la única sanción que le impone el artículo 72 es la de perder su derecho,—así lo llama,—no en favor de aquél sino de otro denunciante posterior que se presente reclamando este derecho. Es ésta la sola consecuencia legal de la mora en obtener auto de despueble, y no es admisible otra que la ley no ha considerado, mayormente sin culpa del denunciante.

Concurre á confirmar el sentido que damos al artículo 70, lo dicho por el 74 en esta forma: "Durante el término de los sesenta días (el que, á contar desde el auto de despueble, concede el artículo 73 para la labor legal y ratificación del registro) puede todavía el anterior dueño de la mina *que no hubiere comparecido al plazo á contradecir el denuncio*, solicitar rescisión del auto de despueble; pero deberá en este caso probar en juicio contradictorio la *ilegitimidad del denuncio*."

Como se ve, es este el único recurso que la ley deja al legítimo contradictor ó último dueño; y siendo así y diverso en la acción, papel de las partes y efectos, el juicio de rescisión del de oposición, es evidente que, no compitiendo al que no ha parecido al plazo del artículo 70 otro recurso que el de rescisión, este plazo es fatal para su objeto, que es el de contradecir el denuncio.

Se dirá que la acción del artículo 74 supone el caso de que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se haya pronunciado auto de despueble por no haber mediado oposición antes de expedirlo, y no el de que la haya habido, y por esto no se pronunció auto que pudiera ser rescindido. Pero lo que el artículo 74 supone, como literalmente lo dice, es que el anterior dueño de la mina no haya comparecido *al plazo* (no otro que el de diez días señalados para contradecir el denuncio), y que por esto ha habido que dictar el auto de despueble y darse cumplimiento así al mandato imperativo del artículo 70. Si contemplara singularmente el caso de haberse pronunciado el auto por no haberse deducido oposición antes de él y después de los diez días, no habría empleado cuidadosamente la frase "que no hubiere comparecido *al plazo*", expresión que visiblemente alude al término numéricamente determinado en el artículo 70, y no á un tiempo indeterminado é incierto como el de hasta que hubiere oposición que puede sobrevenir ó no. Suponiendo, como es regular suponer, precisión en la ley, la idea contraria habría sido expresada por la frase "que no hubiere comparecido á contradecir el denuncio antes de expedirse el auto de despueble", ú otra equivalente, y no por la de faltar la comparecencia dentro de un plazo consabido y que la ley fija como perentorio, toda vez que, vencido, permite sólo el ejercicio de una acción totalmente distinta de la excepción para contradecir el despueble.

Resta considerar una objeción que hemos oído y que no carece de las apariencias de un argumento. El denuncio de despueble, se dice, es una demanda dirigida contra el último poseedor, y se sabe que el demandado puede contestar á la demanda después del plazo que le asigna la ley 1.ª, título 6, libro 11 de la Novísima Recopilación y antes de ser declarada la rebeldía. ¿Por qué no podría contradecir el denuncio después de los diez días señalados en el artículo 70 y antes del auto de despueble?

Estos argumentos de analogía, sobre todo cuando se comparan situaciones de leyes comunes con las de leyes especiales y prevalecientes, han menester paridad entre el caso á que se aplican y aquel en que la analogía se busca. De otro modo, fallan en su base de verdad y oscurecen antes que ilustran el criterio.

Desde luego, toda demanda provoca un juicio, y el denuncio no siempre es demanda, porque no siempre lo provoca, espe-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cialmente no lo hace en el caso en examen y cuando, en cumplimiento del artículo 70, se pronuncia ó debe pronunciarse auto de despueble por no haber parecido contradictor al plazo. Entonces no hay juicio que deba terminar por sentencia, sino mero denuncio, sin reo ni contienda, que se afina por un auto que no pasa de ser simple acto constitutivo de propiedad abandonada, y en el cual el juez interviene, no en ejercicio de funciones peculiarmente judiciales, sino en representación del Estado concedente, que recobra la mina y la cede al denunciante. Así, y según también lo significa el artículo 71, el denuncio no adquiere el carácter de demanda sino cuando parece legítimo contradictor á contestarlo, comparecencia que, en conformidad al artículo 70, del que el 71 es corolario y conexo, debe efectuarse en el término de diez días contados desde la citación. Por manera que, faltando contradictor al plazo, no hay ni puede haber juicio, ni de consiguiente contestación á demanda, trámite que, siendo esencial y obligado en el juicio, no lo es ni hay para qué aguardarlo ó suplirlo en la concesión de la mina despoblada, comoquiera que puede y debe declararse el despueble no contradicho en tiempo.

Por lo demás, uno es el efecto que las leyes comunes ó la práctica de los Tribunales asignan al hecho de no contestarse á la demanda en el término legal, y otro distinto el que la ley especial de minas, con conocimiento de aquéllas, señala á la incomparecencia á contestar el denuncio en el plazo fijado.

En el primer caso, se concede al demandante la *vía de asentamiento*, hoy en desuso, y la *de prueba*, que consiste en acusar la rebeldía y, en virtud de ella, dar por contestada la demanda y recibir la causa á prueba. La rebeldía es así exigida para suplir la omisión de un trámite necesario para la marcha del juicio, cuya discusión no queda cerrada sino cuando se han llenado todos los trámites esenciales hasta el estado de sentencia. Nada tiene de irregular que se espere á la parte misma á que llene un trámite sin el cual no puede recaer resolución en la demanda.

No acontece lo propio en el simple denuncio de mina abandonada. Aquí, el remedio y el efecto que la ley (art. 70) da á la mora del denunciado, es que el denuncio sea acogido ó afinado por auto de despueble. No hay trámite ulterior y necesario que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

suplir, ni, por tanto, rebeldía que purgar ó acusar. Vencidos los diez días, el negocio queda en estado de ser resuelto, ó sea, de expedir auto de despueble, estado que, como el de sentencia en el juicio, no admite ya discusión ó contradicción.

No terminaremos sin observar que es imperativa ("el juez expedirá") la forma de que el artículo 70 se sirve para disponer el pronunciamiento del auto de despueble cuando no parece contradictor al plazo. Mandatos imperativos como éste, que mucho se roza con el interés del Estado en mantener constituídas y en constante trabajo las minas que concede, no pueden ser infringidos sin que la infracción entrañe nulidad en los medios de producirse, desobediencia á la ley y daño al bien público que el Legislador ha entendido cautelar.

AGUSTÍN RODRÍGUEZ

Tacna, junio de 1888.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

¿SON APLICABLES Á LOS CUASI-DELITOS LAS circunstancias agravantes y atenuantes que el Código Penal señala para los crímenes y delitos?

Hemos leído en la *Gaceta de los Tribunales* una sentencia de la Corte Suprema que nos pareció contener un considerando no conforme al espíritu de la legislación penal, y procedimos, por esta causa, á investigar si este considerando estaba conforme con la letra de nuestro Código, ya que no guardaba armonía con los principios de la buena penalidad.

Se trata de lo siguiente: Un individuo, Manuel Jesús Aguilar, andaba ebrio corriendo á caballo, y habiendo subido al corredor de la casa de su suegra Carmen Ramírez, que está un metro más alto que el nivel de la calle, atropelló á esta señora con el caballo, ocasionándole un golpe que le produjo la muerte. El juez de primera instancia le absolvió de la acusación, no encontrando culpa suficiente para constituír el cuasi-delito de homicidio; pero la Corte Suprema le condenó á dos años de reclusión. Consideró para ello: 1.º Que hubo imprudencia temeraria por parte del reo al ejecutar los hechos que constituyen el cuasi-delito, y 2.º Que las relaciones que ligan al reo con la occisa son una circunstancia agravante, atendido lo dispuesto en el artículo 13 del Código Penal. (*Gaceta de los Tribunales*, de 26 de septiembre de 1888, sentencia 2,024.)

Desde luego haremos las siguientes observaciones:

Los cuasi-delitos son una clase especial de hechos distintos de los crímenes y simples delitos; son acciones ú omisiones meramente culpables, palabra que excluye la intención. Jamás participan del carácter malicioso de los crímenes, delitos y aún de aquellas faltas que suponen intención dolosa en el ejecutante, como son hurtos y estafas de menos de diez pesos, hechos que nuestro Código califica de faltas, á pesar de que participan de lleno del carácter de los delitos. Lo que se pena en los cuasi-delitos es la imprudencia ó negligencia que haya habido al

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ejecutar los hechos que constituyen el cuasi-delito. No habiendo intención en ellos, no puede haber agravación por circunstancias que aquí son completamente ajenas á la voluntad del hechor.

En los crímenes y simples delitos se imponen las penas por la intención más ó menos criminal del agente y por el daño que causan al orden público, á las personas ó á las propiedades, y este daño se toma en cuenta no solamente porque él depende en muchos casos de la voluntad del delincuente, sino porque la ley es también reparativa.

Mas en los cuasi-delitos se atiende solamente al grado de culpa. Es cierto que en ellos existe la misma relación entre culpa y daño, como en los delitos entre daño é intención criminal, y la ley debe tomar en cuenta el daño causado para graduar la culpa del cuasi-delincuente; pero jamás debe tomar en consideración agravaciones ó atenuaciones que se fundan en la intención más ó menos criminal del delincuente. No existiendo intención, no es posible agravarla ó atenuarla.

Un hombre que corriendo á caballo atropella ó mata á su padre, mujer ó hijo con imprudencia, no puede ser castigado con más severidad que otro que con mayor imprudencia hubiere atropellado y muerto á un extraño.

Vamos á investigar lo que determina nuestro Código sobre esta materia.

En los artículos que tratan de los cuasi-delitos no encontramos ninguna disposición sobre la aplicación de las circunstancias agravantes ó atenuantes, como sucede en el Código Español, el cual exime expresamente á los Tribunales de la obligación de aplicar circunstancias agravantes ó atenuantes y confía al prudente arbitrio de los jueces proceder en esta materia sin sujetarse á las reglas prescritas para los crímenes y delitos (art. 480 del Código Español). En el silencio de la ley, no compete al juez distinguir, y refiriéndose los artículos 11 y 12, que tratan de las circunstancias atenuantes y agravantes, á la responsabilidad criminal y produciendo los cuasi-delitos responsabilidad criminal, es indiscutible que debe el juez tomarlas en cuenta para graduar la pena aun en los cuasi-delitos.

Pero aún siguiendo la letra del Código y admitiendo en contra de los principios de la buena penalidad que las circunstan-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cias agravantes ó atenuantes se deben tomar en cuenta para graduar la culpabilidad de los cuasi-delitos, no podemos todavía admitir que el considerando aludido de la Corte Suprema esté basado en una interpretación fiel del espíritu de nuestra legislación penal.

Dice el artículo 13: "Es circunstancia atenuante ó agravante según la naturaleza y accidentes del delito: ser el agraviado cónyuge, pariente legítimo por consanguinidad ó afinidad en toda la línea recta, y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, padre ó hijo natural ó ilegítimo reconocido del ofensor."

Sin entrar en discusión sobre si este artículo, por referirse únicamente á los delitos, tiene ó nó aplicación á los cuasi-delitos, los cuales, según el artículo 2.º del mismo Código, no son delitos, creemos que aun admitiendo que se aplique esta definición á los cuasi-delitos, es éste justamente el caso en el cual la prudencia de los Tribunales debe suplir el silencio de la ley y armonizar la expresión vaga del Código con los principios de la buena penalidad. La naturaleza y circunstancias de un cuasi-delito, en el cual falta completamente la intención, no admite que se considere una circunstancia agravante la de haber recaído el daño causado por imprudencia sobre un pariente y no sobre un extraño cualquiera. El que mata á su suegra por un descuido, no es más culpable que el que con igual imprudencia mata á su sirviente; el daño causado no es mayor, la alarma infundida á la sociedad no aumenta por esta circunstancia, y por consiguiente, es injusto agravar por esta misma circunstancia la culpabilidad del cuasi-delincuente.

Al contrario, hay consideraciones muy dignas de tomarse en cuenta para atenuar más bien la pena en estos casos.

Figurémonos un padre, que por un desgraciado accidente producido por su culpa ó su negligencia, mata á su hijo: ¿no está ya castigado severamente por su culpa? y la ley, si bien debe castigar la imprudencia que costó la vida á uno de sus miembros, debería más bien atenuar la pena, en consideración á los suplicios morales que el hecho produce necesariamente en el desgraciado cuasi-delincuente.

Y esta consideración no carece de importancia. Ayer solamente un hermano hirió con bala de revólver á su hermano

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

querido, volviéndose casi loco de dolor de haber causado semejante desgracia. ¿Sería justo agravar á este reo la pena por la consideración de que al ofendido le ligaban los vínculos de cercano parentesco?

Pensar así es destruír la base de la buena penalidad y sustituír la letra muerta del Código á su espíritu, que debe prevalecer siempre que no esté en oposición evidente contra determinaciones claras y precisas.

FRANCISCO BEUTNER MARY,
Médico-cirujano

Chillán, 12 de octubre de 1888.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—I. ESTUDIO COMPARADO DEL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO DE MINERÍA, por don José Ravest, un volumen de 276 páginas, Imprenta Gutenberg, Santiago. Es un estudio de actualidad, que servirá á los hombres estudiosos y á los Legisladores ante quienes pende la reforma de nuestra legislación minera. De la breve ojeada que nuestras múltiples ocupaciones nos han permitido darle, deducimos que es un trabajo concienzudo, original y discreto, que ya hacían presumir la reputación jurídica que su autor está conquistándose y los conocimientos especiales que él mismo adquirió por una antigua experiencia ante la Corte de La Serena, ciudad que es cabecera de provincia principalmente minera. La obra aparece dedicada al Presidente de la República, precedida de una *Observación* importante, y rematada por unas interesantísimas *Modificaciones al Proyecto de reforma del Código de Minería*, y un epílogo, en que el autor promete redactar un proyecto original sobre esta materia.—2. NOMBRAMIENTO DE LOS JUECES EN CHILE, por don José Ravest, un opúsculo de 53 páginas, Imprenta Gutenberg. Santiago. Es otra producción de actualidad de nuestro distinguido compañero, por estar pendiente el asunto de ella de las deliberaciones del Congreso. Felicitamos al señor Ravest por sus trabajos, que esperamos sean debidamente apreciados y estimulados, y le agradecemos su atención al remitírnoslos.—3. APUNTES PARA EL ALEGATO *pronunciado ante la Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena en la causa de don Apolinario de la Barra con don Juan Osandón sobre cumplimiento de una donación*, por el abogado don Juan Guillermo Zavala, un opúsculo de 20 páginas, Imprenta de «La Reforma», La Serena.—3. ESTRACTOS *dedicados á los alumnos de Derecho Constitucional*, por don Jorge Huneeus, un opúsculo de 24 páginas, Imprenta de la Unión, Santiago. Contiene someras noticias sobre la organización judicial de Inglaterra y Gales, Estados Unidos de Norte-América, Brasil, Suiza, Francia y España.—4. APUNTES *sobre la organización administrativa y comunal de varias naciones*, dedicados á sus alumnos, por don Jorge Huneeus, un opúsculo de 24 páginas, Imprenta de la Unión, Santiago. Las naciones que comprende son las arriba enunciadas.

LA DIRECCIÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO IV Santiago, 1.° de diciembre de 1888 NÚM. 7

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Boletín de la Academia de Leyes.—Notas Editoriales: Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil. Ordenanza General de la Armada. Ordenanza General del Ejército. Congreso Jurídico Internacional Sud-americano de 1888. Congreso Jurídico de Barcelona. Código Civil de España.—La intención de matar y la circunstancia de que sean de necesidad mortales las lesiones que ocasionan una muerte ¿son elementos constituyentes del delito de homicidio? por don Alejandro Fuenzalida.—¿Cuál es el tribunal competente para procesar á un ex-intendente ó ex-gobernador por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones? por don Agustín Correa Bravo.—Algunas aclaraciones á la Ordenanza General del Ejército, por don Luis Ortiz Olavarrieta.—Proyecto de Código de Enjuiciamiento Criminal (continuación), por don ✠ José Bernardo Lira.—¿Puede ser juez árbitro el menor habilitado de edad? Derecho de la mujer para ser recibida por el marido en su casa. Emolumentos de los Oficiales del Registro Civil cuando ejercen sus funciones fuera de la oficina; por La Redacción.—Revista bibliográfica, por La Dirección.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE LEYES DE SANTIAGO

Las primeras sesiones celebradas para la constitución é instalación de la Academia se verificaron en los salones del Club del Progreso el 28 de agosto y el 5 de octubre últimos.

En la primera se nombró una comisión compuesta de los señores don Vicente López, don Adolfo Guerrero, don Pedro Bannen, don Juan Valdivieso Amor, don Raimundo Silva Cruz y don Paulino Alfonso, este último como secretario provisional, para que formularan las bases de la asociación.

La segunda fué la sesión solemne de inauguración. En ella, el señor Alfonso, después de una entusiasta alocución, presentó un proyecto de Estatutos, cuya reproducción aquí sería inoficiosa, pues en el número anterior hemos insertado los Estatutos aprobados. En seguida, los señores don Adolfo Guerrero y don Marcial Martínez pronunciaron discursos relativos á la ceremonia que se celebraba.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El señor Guerrero manifestó la importancia y extensión que debe atribuirse á la misión del abogado, y señaló los objetos de la Academia, que sería, á su juicio, "depositaria de las tradiciones de la jurisprudencia chilena, encargo de considerable valía en un país como el nuestro, que se distingue por su espíritu de legalidad." "Procurará, al mismo tiempo, dijo, dar á conocer las leyes, someterlas al examen de una crítica ilustrada y sincera, señalar sus lagunas y vacíos, indicar las reformas para salvarlas ó los medios de subsanarlas mientras éstas vienen, apuntar los escollos y enseñar los caminos que de ellos apartan"; é indicando los mejoramientos que estos estudios traerían á la legislación positiva, entró en seguida á exponer algunos de los defectos de que adolece nuestro Código Civil. Nuestros lectores nos estimarán transcribamos esta interesante disertación.

"Ahí está en él (el Código), dijo, la constitución de la familia principiando por el matrimonio que la legitima, ó por el nacimiento del hijo que la forma, ó por lo menos debe formarla, para seguir en la crianza y educación, en el mantenimiento de la sociedad conyugal, en el establecimiento de los hijos, y por fin, en los derechos que acuerda después de la muerte de alguno de los que la componen.

"Las leyes de Matrimonio y Registro Civiles han producido ya modificaciones tales, que se hace indispensable la revisión de todos los preceptos que sobre el particular consigna el Código Civil para que queden más en armonía con nuestro actual estado de sociabilidad.

"Requiere también análoga revisión esa potestad marital, que sanciona el derecho del más fuerte, definida como el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer, en la que se hace caso omiso de las obligaciones de él y en que se somete á la compañera de la vida á triste vasallaje que no puede sacudir sin atraer sobre sí el escándalo y el desprestigio social.

"La inflexibilidad con que aparecen cerradas las puertas para la impugnación de la legitimidad del que ha nacido durante el matrimonio de la madre, ó para la legitimación de los que hubiesen nacido antes de él, es otro punto que merece especial consideración, y en cuyo fallo tendrían que ejercer poderosa

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

influencia los casos prácticos que ya han ocurrido en uno ú otro sentido.

"Las relaciones que el Código establece entre el padre, la madre y los hijos legítimos ó ilegítimos, son igualmente susceptibles de muchos mejoramientos. Las reglas que determinan el cuidado personal de los hijos, en caso de divorcio, están muy lejos de consultar el acierto en tan delicada materia.

"Es preciso que desaparezcan cuanto antes de nuestro Código aquellos preceptos tan absurdos como denigrantes que dan la facultad, en abierto choque con nuestras costumbres de hoy día, de corregir y castigar moderadamente á los niños, pudiendo imponerles detención ó arresto arbitrario hasta por un mes; y otros dictados en una época en que se tenía tan falsa idea de la paternidad, que se creyó necesario poner á salvo la dignidad y conciencia humanas de un peligro que por felicidad hoy sólo existe en el mundo para las testas coronadas ó aspirantes.

"Pero no podrán obligarle (los padres al hijo) á que se case contra su voluntad," dice el artículo 235 del Código; y en verdad que mejor sería que no existiera en esa respetada obra tal lunar.

"¿Y qué decir de la patria potestad? Organizada ella con el mismo criterio con que se creó la potestad marital, descansa sobre la base de que esos derechos no pertenecen á la madre. Y sube por cierto de punto la admiración al observar que ese conjunto de derechos se refiere exclusivamente á los bienes del hijo, que son para el padre fuente de beneficio, y que á la madre apenas rinden la décima concedida al guardador extraño.

"¡Y cuánto no deja que desear la rigidez con que en beneficio de los padres, como quien dice de los hechores, y en daño directo é inmediato de las inocentes víctimas, se han reglado las relaciones fuera de matrimonio hasta el punto de que parece que en ellas no hubiera vínculo de sangre ó afección que respetar, sino sólo momentos de placer que más vale cubrir con el olvido, cuyas consecuencias tendrá que soportar con toda crueldad la criatura primero, y quizás la sociedad más tarde!"

El señor Martínez, en su notable discurso, se refirió á las causas de la decadencia del espíritu de asociación, al plan de trabajos de la Academia, al grado de adelantamiento á que ha

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

llegado la cultura jurídica del país, á la elocuencia forense, á los constitutivos de lo que llamó abogacía científica.

En orden á las bases de la institución, fué de opinión que no se diese á ésta, por ahora, mucha amplitud: deberá concretarse, según él, al estudio sucinto de las leyes que el Congreso dicte, á la exposición oral de casos prácticos interesantes, á la crítica de sentencias consideradas como temas técnicos de controversia, á la lectura de memorias sobre puntos de Derecho en todas sus ramificaciones, ó sobre tesis de ciencia social, de administración ó de política; finalmente, cabría en ella un curso libre de práctica forense.

Hablando de los abogados eximios que han ilustrado nuestro foro, lamentó el desuso en que ha caído la práctica de "informar en Derecho," que autoriza la ley 31, título 1.°, libro 5.° de la Novísima Recopilación (1).

NOTAS EDITORIALES

PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—Por decreto supremo de 12 de julio del presente año se aceptó á don Manuel Zavala la renuncia que hizo de su cargo de miembro de la Comisión Revisora de este Proyecto, y se nombró en su lugar al abogado don Osvaldo Rengifo.

Por decreto de 25 de octubre último se nombró miembro de la misma Comisión al abogado don Raimundo Silva Cruz, por renuncia de don Adolfo Ibáñez. El nombrado deberá desempeñar gratuitamente sus funciones; y por decreto de la misma fecha se declaró que los otros miembros de la Comisión, señores Pizarro y Rengifo, debían percibir, á la terminación del trabajo, la suma de siete mil quinientos pesos cada uno por sus servicios.

(1) Pueden consultarse estos discursos, que tanto realce y brillo dieron á la sesión inaugural de la Academia, en la *Revista del Progreso*; los de los señores Martínez y Alfonso, en el número 4.° del tomo I; y el del señor Guerrero, en el 5.° del mismo tomo.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ORDENANZA GENERAL DE LA ARMADA.—Por renuncia de don Paulino Alfonso, se nombró por decreto de 4 de julio del año corriente á don J. Joaquín Larraín Zañartu para que codifique las disposiciones de carácter legal concernientes al servicio de la marina, poniéndolas en armonía con los progresos del ramo y con el resto de nuestra legislación. En su trabajo habrá de proceder en vista de los datos que le suministre el contra-almirante don Oscar Viel y el abogado don Manuel Salas Lavaqui.

ORDENANZA GENERAL DEL EJÉRCITO.—Por decreto de 8 de agosto del año en curso se ha nombrado al abogado don José Bernales Mancheño para redactar un proyecto de Código Militar, en armonía con las disposiciones vigentes de nuestra legislación y con los progresos del ramo.

CONGRESO JURÍDICO INTERNACIONAL SUD-AMERICANO DE 1888.—En agosto último abrió sus sesiones este Congreso en la ciudad de Montevideo, y ha dedicado á sus labores, que no terminan aún, una laudable perseverancia.

El Poder Legislativo de Chile expidió con fecha 2 de agosto, una ley por la cual se autoriza al Presidente de la República para enviar á Montevideo una legación de primera clase que representase al Gobierno de Chile en aquel Congreso.

Por decreto de 9 de agosto se nombró el personal de esta legación en la forma que sigue: Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Misión Especial, don Belisario Prats; Secretario, don Francisco E. Noguera; y Oficial de secretaría, don Luis Prats Bello.

Y como debían ser dos personas los representantes de Chile, á virtud de la invitación de los gobiernos uruguayo y argentino, de que dimos cuenta en el número 2 del presente tomo de esta REVISTA, por decreto del mismo 9 de agosto, se mandó extender plenos poderes al efecto al Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario de Chile en las Repúblicas del Plata don Guillermo Matta.

CONGRESO JURÍDICO DE BARCELONA.—Con ocasión de la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Exposición Universal celebrada en abril del año corriente en esta ciudad, surgió la idea de reunir un Congreso Jurídico en el mes de septiembre último, por iniciativa de varios letrados y diversas instituciones jurídicas catalanas. Las cuestiones que en él debían tratarse se enumeran en el siguiente cuestionario:

TEMA 1.º—¿Qué condiciones debe reunir la Jurisprudencia para disfrutar de la autoridad de doctrina legal?

TEMA 2.º—¿Qué reglas debieran admitirse por los Estados para unificar los efectos de la diversidad originaria de nacionalidad y de domicilio, y de su cambio en el orden jurídico de la familia y la sucesión?

TEMA 3.º—¿Es conveniente el establecimiento de la hipoteca marítima? En caso afirmativo, ¿sobre qué bases debiera organizarse?

TEMA 4.º—¿Bajo qué sistema deben establecerse las penas privativas de la libertad para que respondan al verdadero fin de la ley penal?

TEMA 5.º—¿En qué casos y bajo qué formas y condiciones debe admitirse la exterritorialidad de la cosa juzgada en materia civil y criminal?

TEMA 6.º—¿Dentro de qué límites debe circunscribirse la expropiación forzosa para conciliar los legítimos intereses privados con el interés social?

La circular y el reglamento del Congreso fueron firmados por el Decano de la Facultad de Derecho y del Colegio de Abogados y Presidente de la Comisión Española de la Fundación Savigny, don Manuel Durán y Bas; por el Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, don Magín Pla y Soler; por el Presidente de la Academia de Derecho Administrativo, don José Flaquer y Fraise; y por el Presidente de la Academia de Derecho, don Juan Homs y Homs, que fué á la vez Secretario de esta Comisión Organizadora.

Daremos cuenta oportunamente de las conclusiones de este Congreso, en que lucieron sus brillantes dotes los más acreditados jurisconsultos españoles, y en especial los de Cataluña.

CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA.—En las publicaciones españolas recién llegadas encontramos transcrita la ley de 11 de mayo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

del año corriente, publicada en la *Gaceta de Madrid* en 22 del mismo, por la cual se autoriza al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo á las condiciones y bases establecidas en la misma. Celebramos este importante adelantamiento de la codificación española, y en nuestros próximos números insertaremos una reseña comparativa de las principales disposiciones é innovaciones de este Código, que, según las últimas revistas madrileñas, es el acontecimiento jurídico más notable de España después de la promulgación de las Siete Partidas de don Alfonso el Sabio.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

LA INTENCIÓN DE MATAR Y LA CIRCUNSTANCIA de que sean de necesidad mortales las lesiones que ocasionan una muerte, ¿son elementos constituyentes del delito de homicidio?

I

Si atendemos á la etimología de la palabra homicidio (*hominis cædis*), podemos definirlo: «la muerte de un hombre causada por otro,» definición conforme con la de la ley 1.ª, título 8.º, Partida 7.ª, «matamiento de ome;» con la de Merlin, «la acción de matar á un hombre;» con la de Morin: «cualquier acto que cause la muerte de otro;» con la de Dalloz: «el hecho de matar á un individuo;» con la de García Goyena: «la muerte de un hombre;» y con la del Código de la Luisiana: «la destrucción de la vida de un hombre.» Pero estas definiciones comprenden las dos clases principales de homicidios: los voluntarios y los involuntarios ó causados por imprudencia temeraria; mas como estas dos clases de homicidios no se diferencian entre sí sino en que los unos se cometen con voluntad y los otros por imprudencia, podemos definir el homicidio voluntario de que vamos á tratar: «la muerte de un hombre causada por otro *voluntariamente*.»

Según esta definición, podemos también decir con Dalloz y Chauveau y Hélie, que son dos los elementos constituyentes del homicidio: el hecho material de la muerte de un hombre, y que ésta se cause voluntariamente por otro. Analicemos estos elementos empezando por el segundo, cuyo análisis puede darnos lecciones útiles para el estudio del primero, que presenta mayores dificultades.

II

La jurisprudencia de los tribunales, que se regían por las leyes que no penaban expresamente como lesiones corporales las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

muertes ocasionadas sin intención de matar, fué unánime en clasificarlas de homicidios voluntarios; y así lo hicieron las Cortes de Casación de Francia, Bélgica y Holanda bajo el imperio del Código de 1810 que guardaba absoluto silencio sobre este punto. Mas, atendiéndose á que era injusto, moralmente hablando, imponer á los homicidios sin intención de matar, las mismas severísimas penas que á los que se cometían con esta intención (trabajos forzados perpetuos y muerte), la reforma de 1832 agregó al artículo 309 del Código de 1810, el siguiente inciso: «Si los golpes dados ó heridas hechas voluntariamente y sin intención de dar la muerte, no obstante la han producido, el culpable será castigado con la pena de trabajos forzados temporales.» Igual cosa hicieron la Bélgica por el artículo 401 del Código Penal y la Holanda por la ley de 29 de junio de 1854.

Y nos parecen incontestables las razones que tuvieron estos tribunales para sancionar el principio de que la intención de matar no era un elemento del homicidio; porque si la ley no había establecido esta circunstancia como elemental, los tribunales no podían hacerlo sin arrogarse facultades legislativas. Y tan cierta ha parecido esta doctrina, que todas las legislaciones que han querido que la intención de matar sea un elemento necesario del homicidio, han cuidado de mandarlo así clara y expresamente, como las leyes 14, título 5.º, libro 11 del Fuero Juzgo; 1.ª, título 17, libro 4.º del Fuero Real; 2.ª, título 8.º, Partida 7.ª y 1.ª, título 21, libro 12 de la Novísima Recopilación; artículos 612 y 618 del Código Español de 1822, y 393 del Belga. Y por no mandarlo así expresamente la reforma francesa de 1832, los tribunales continuaron decidiendo como antes, que la voluntad de matar no era una circunstancia constitutiva del homicidio, á pesar del inciso agregado al artículo 309; porque para ello habría sido menester que, en lugar de decirse en el artículo 295 «el homicidio cometido voluntariamente,» etc., se hubiera dicho en la reforma «el homicidio cometido con intención de matar.»

Y nótese además que esta jurisprudencia no ha sido objetada porque clasifica de homicidios las muertes de que hablamos, sino por causa de las penas rigorosas que de ella resultaban. Así Chauveau y Hélie (*Théorie du Code Penal*, núm. 2,371) di-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cen: «La criminalidad del agente no puede ser la misma en uno y otro caso (cuando hay ó nó intención de matar); y es imposible suponer que la ley haya hecho abstracción de una diferencia tan grave. La voluntad requerida por la ley para que haya homicidio, es la de matar; porque de otro modo se asimilarían dos acciones distintas y que no tienen un mismo valor moral.» Del mismo modo la exposición de los motivos de la reforma del Código de 1810 se redujo á decir: «Las heridas sin intención de dar la muerte y que, no obstante, la producen, son penadas como homicidios voluntarios; pero esta severidad, que proviene más de la jurisprudencia que del texto de la ley, ha colocado muchas veces al jurado en una cruel situación, puesto que el delincuente que no ha querido dar la muerte, aunque sea el autor de las heridas que la han ocasionado, no puede igualarse con el que ha herido con intención de matar.» (DALLOZ, *Répertoire*, palabra *Crimes et délits contre les personnes*, núm. 138.)

Como hemos dicho y se ve, estas observaciones que, de paso diremos, no tienen aplicación en nuestro Código, que impone al homicidio varios grados de penas, no tienden á manifestar que las muertes causadas voluntariamente y sin intención de matar no deban clasificarse como homicidios, sino á establecer que deben penarse con menos severidad que las que se ocasionan con dicha intención; cosa en que todos estamos conformes, y que el Legislador francés pudo llevar á efecto sin necesidad de clasificar el hecho de lesiones corporales, desvirtuando su naturaleza. Así lo hizo el Código Penal de la provincia argentina de Buenos Aires en sus artículos 205 y 206, y hasta cierto punto el de Italia en sus artículos 542 y 543.

Nuestro Código Penal, como el español de 1850 que le sirvió de base, guarda el mismo absoluto silencio que guardaban los de Francia, Bélgica y Holanda antes de la reforma de 1832 sobre la clasificación y pena de las lesiones que, causadas sin intención de matar, producen, sin embargo, la muerte; y por este motivo, entre otros, la jurisprudencia uniforme de nuestros tribunales ha sido la misma de las Cortes de Casación de los indicados países, en la época también indicada, esto es, que dichas lesiones deben clasificarse y penarse como homicidios.

Hemos insistido sobre este punto especialmente para mani-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

festar que, si del mero silencio de la ley, se ha deducido que la intención de matar no es un elemento del homicidio, de este mismo silencio de nuestro Código respecto á las lesiones que ocasionan la muerte sin ser de necesidad mortales, debe deducirse que la circunstancia de que dichas lesiones sean precisa y necesariamente mortales, no es constituyente del homicidio, que puede, en consecuencia, existir sin ella. Con estos antecedentes pasemos á examinar el primer elemento del homicidio.

III

"Para determinar el hecho material del homicidio (que es el primer elemento de este delito), no deberán tomarse en cuenta las circunstancias siguientes, dice el párrafo 185 del Código Penal prusiano: que cuidados oportunos ó eficaces habrían impedido que la herida fuese mortal; que otra herida de la misma naturaleza habría sido curada en otros casos con los recursos del arte; que la herida sólo ha sido mortal por la constitución física particular de la víctima ó por las circunstancias accidentales en que ha sido hecha."

Estas disposiciones que, según Chauveau y Hélie, han sido tomadas del Código Penal de Baviera, en el cual las insertó Freubach para hacer cesar las controversias que dividían á los criminalistas sobre las diversas clases de heridas, han sido también reproducidas en el artículo 205 del Código Penal de la provincia de Buenos Aires, que dice en su inciso segundo: "La apreciación judicial del carácter mortal de una lesión ó herida, no depende de saber si en otros casos esta lesión ó herida hubiera podido ser curada con los auxilios del arte; ó si el resultado mortal de la lesión ó herida se habría podido evitar con cuidados prestados en tiempo, ó si la herida ha causado la muerte directamente, ó sólo indirectamente por efectos de otras causas mediatas desarrolladas por ella, ó si, en fin, la lesión ó herida ha sido mortal de una manera absoluta, ó en razón únicamente de la organización particular del herido ó de las circunstancias en que ha sido herido."

Esta doctrina que corta todas las cuestiones que día á día se suscitan teórica y prácticamente sobre la penalidad y clasifica-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ción de las lesiones que ocasionan la muerte, se abre paso al través de las preocupaciones y de ese inconsciente espíritu de conservación que más de una vez ha transladado de una legislación á otra un mandato, un principio, un sistema ó una doctrina que no tienen cabida, sin embargo, en la nueva ley. Y ella, que descarga al buen sentido de todas esas pesadas distinciones con que los romanistas socavaban las leyes y la paciencia; ella, que tiene raíces profundas en los Códigos modernos, sepultará, al fin, á su contraria, que morirá á la luz de los principios de la penalidad moderna. Y para contribuir á ello haremos un estudio comparativo de ambos sistemas.

Las reglas de la antigua doctrina, que en su origen tuvo por objeto suavizar el rigor inflexible de las penas del homicidio, no fueron sancionadas por los Códigos que conocemos, salvo el Español de 1822; de suerte que los tribunales que han aplicado esos principios, no han podido invocar ningún texto expreso de las leyes, salvo las de España bajo el imperio del susodicho Código. Así fué como procedieron los nuestros mientras regían las antiguas leyes españolas que imponían la pena de muerte á todos los homicidios voluntarios, sin distinguir la calidad de las lesiones que ocasionaban la muerte, de manera que habrían tenido que imponer esta pena inflexiblemente si no hubiera sido por la doctrina de que no había homicidio si la muerte se producía por lesiones que, no siendo mortales de suyo, la ocasionaban con auxilio de causas extrañas, como la falta de cuidado, la atmósfera hospitalaria, la impericia de los encargados de la curación, la inoportunidad de los socorros, la naturaleza ó constitución física particular de la víctima ú otras circunstancias accidentales. Pero los principios de esa doctrina fueron decayendo á medida que las antiguas penas, severas é inflexibles ó, por el contrario, enteramente arbitrarias, eran reemplazadas por otras graduales, y que encerraban la arbitrariedad judicial dentro de límites prudentes; de suerte que si en la actualidad los autores suelen invocar algunas reglas de esa doctrina tienen que hacerlo con tales excepciones, que casi la desnaturalizan completamente. Así Dalloz, como antecedentes de la opinión que más adelante expresaremos, transcribe estas reglas de Farinacius sobre la relación que debe existir entre las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

lesiones y la muerte para que haya homicidio ó el delito que previene el inciso 2.º del artículo 309 del Código Francés de 1832.

1.ª "Que el autor de una herida declarada mortal respondía de la muerte, cualquiera que fuese el tiempo transcurrido entre ambos hechos, y aún cuando el herido no se hubiera curado con los recursos del arte.

2.ª "Que si la herida no se hubiese declarado mortal, ni se presumiese que la muerte sobreviniente hubiese sido causada por ella, sino por falta ó negligencia en el tratamiento; y

3.ª "Que en caso de duda sobre la naturaleza y efecto probable de la herida, era necesario examinar la medicación y los cuidados que el enfermo hubiese tenido. Si no aparecía ningún indicio de impericia ó negligencia del médico ó del enfermo, la muerte debía imputarse al autor de las lesiones; pero, en caso contrario, éste sólo respondía de la herida y no de la muerte."

Y en seguida agrega:

"Pensamos con Chauveau y Hélie que estas sabias distinciones pueden todavía invocarse y que ellas vienen en apoyo de la regla de nuestro artículo (309 del Código Penal Francés de 1832), es decir, la necesidad de un vínculo entre las heridas y la muerte. En efecto, el autor de las violencias no debe ser responsable de la muerte sobreviniente, sino á condición de que ésta sea la consecuencia directa de la acción; pues no se le puede imputar más que las consecuencias de ésta y no las accidentales que se derivan de una causa extraña. Pero es necesario agregar que la solución deberá ser diferente si las heridas ó violencias no han hecho más que apresurar la muerte de una persona ya enferma, ó si la enfermedad sobrevenida ha tenido su germen en las heridas, pues en estos casos, como se ha juzgado por las Cortes, debe aplicarse el artículo 309, aunque parezca que la muerte no ha sido una consecuencia de las heridas sino del estado enfermizo de la víctima, etc."

Convenimos con estos sabios autores en que algunas reglas de la antigua doctrina pueden invocarse todavía, pero solamente por el Legislador, para determinar, en general, las penas más proporcionadas á los homicidios ocasionados por lesiones mortales de suyo, no mortales ó dudosas; ó por los tribunales para

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

elegir en consideración á estas circunstancias, el grado de pena, cuando pueda imponer dos ó más ó la pena misma dentro del grado correspondiente; mas no para aplicar esta y no aquella disposición legal en consideración á cualquiera de esas reglas que la ley no ha tomado en cuenta expresamente, por ejemplo, el artículo 311 del Código Penal Francés de 1832, ó el 397 del nuestro, cuando no aparezca que las lesiones que han ocasionado la muerte han sido mortales.

Convenimos también en que la relación entre las lesiones y muerte sea necesaria para que exista el delito de homicidio y el penado por el artículo 309 del Código Francés; porque si la muerte se produce por causa extraña que no tenga su germen en las lesiones ni un vínculo con ellas, no puede decirse que la muerte haya resultado de las lesiones, como lo exige el artículo 309 del Código Francés, ni que el autor de éstas sea el matador de la víctima, lo que es necesario para considerar que hay homicidio según el artículo 391 del nuestro.

Por lo demás ni la doctrina de Farinacius citada ni los autores de que hablamos pretenden siquiera que sea un elemento constituyente del homicidio ó de las lesiones que pena el artículo 309, inciso 2.º del Código Francés, la circunstancia de que éstas sean de necesidad mortales, puesto que Farinacius acepta que hay homicidio siempre que sea dudosa la calidad de la herida y aparece que la muerte no ha sido ocasionada por impericia ó imprudencia de los médicos ó del enfermo; y Dalloz y Chauveau y Hélie no discrepan de nuestra doctrina sino en que ellos quieren que la muerte sea la consecuencia directa de la acción, y parece que con esta frase, bien vaga, por cierto, pretendieran que no hay homicidio cuando la muerte proviene de accidentes que se derivan de causas extrañas, como la atmósfera hospitalaria y demás que antes hemos enumerado.

Como ejemplo de la antigua doctrina, vamos á transcribir la siguiente sentencia de una de las Cortes de Francia que fué impugnada por el procurador general M. Dupin y casada por la respectiva Corte Superior.

"José Meyssen fué acusado de haber dado voluntariamente á otro, sin intención de matarlo, dos puñetazos que produjeron, sin embargo, la muerte. Por este delito la Corte de Argel im-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

puso al delincuente la pena de un mes de prisión y de veinticinco francos de multa, considerando que la muerte había sido el efecto inmediato del contra-golpe producido por las violencias, el cual, dañando las entrañas, produjo un derramamiento sanguíneo en el abdomen, que determinó la muerte. Consideró además, que habiendo sufrido el occiso desde tiempo atrás una enfermedad crónica al hígado y á las entrañas, era muy riguroso é injusto imputar al autor de violencias tan ligeras la muerte de un hombre que había provenido en último término de una enfermedad semejante á la que sufría la víctima.»

Antes de transcribir la opinión de M. Dupin y la sentencia de casación, conviene conocer otra de nuestra Corte Suprema que sanciona el mismo principio y arriba á una conclusión semejante. Ésta es la número 49, página 37 de la *Gaceta de los Tribunales* del año de 1885, que dice textualmente: «que atendido el informe de autopsia, no puede establecerse que Rosa Silva muriera á consecuencia de los golpes, porque adolecía ella de una grave enfermedad al pulmón, de la cual habría fallecido en tiempo más ó menos corto, enfermedad á la cual atribuye la muerte el médico que suscribe el informe, exponiendo que los golpes no hicieron más que precipitarla, visto lo dispuesto en el artículo 399 del Código Penal, se condena al reo á la pena de quinientos cuarenta días de presidio, etc.»

Pero M. Dupin, impugnando la doctrina del tribunal francés, se expresa así: «Esta sentencia envuelve una violación de la ley, que resulta de la errada interpretación del artículo 309, pues este artículo, cuyo sentido es claro según su texto, no exige que los golpes ó heridas hayan sido *la causa única de la muerte*, sino que la hayan ocasionado; y no excluye la concurrencia de otra causa en el resultado mortal. El autor de las heridas es responsable de sus consecuencias; y sea cual fuere la salud de la víctima, basta que haya sucumbido á consecuencia de las violencias para que su muerte venga á ser un elemento necesario de culpabilidad; porque si es verdad que en este caso las violencias no han sido la única causa de la muerte, pues, en realidad ha sido determinada en parte por la constitución física del enfermo, sin embargo ellas han sido la ocasión y la han precipitado; y sus consecuencias deben recaer sobre el autor. Si fue-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ra de otro modo la aplicación del artículo 309, daría lugar, en la mayor parte de los casos (como sucede en la jurisprudencia dominante en nuestros tribunales) á dificultades casi insolubles; puesto que sería menester tomar en cuenta todos los accidentes aparentes ú ocultos que de cerca ó de lejos hayan podido concurrir á las violencias y determinar la muerte, etc.» (Nota 1.ª al número 141 citado.)

Estos principios, que apoyan nuestra doctrina, fueron reproducidos en la siguiente sentencia que casó la anteriormente transcrita de la Corte de Argel:

«Atendiendo que de la causa resulta que Meyssen, sin intención de matar, dió de golpes á Roquez, los cuales le ocasionaron, sin embargo, la muerte; que estos hechos caen literalmente bajo las previsiones del artículo 309 del Código Penal; que reconociéndose que los golpes le *ocasionaron* la muerte, deberá aplicarse las penas de dicho artículo, y en ningún caso se puede eludir ó modificar su aplicación en atención al estado en que podía encontrarse la víctima de las violencias; que, por otra parte, fundándose la aludida sentencia en el estado de enfermedad de Roquez cuando recibió los golpes del artículo 311, que se imponen á los golpes ó heridas que no han ocasionado enfermedad ó incapacidad para el trabajo por más de quince días, en vez de aplicar el artículo 309 que prevé precisamente los golpes ó heridas que, causadas sin intención de matar ocasionan sin embargo la muerte, ha hecho una falsa aplicación del artículo 311, etc.»

Tales son los antecedentes, que podemos llamar teóricos, de nuestra doctrina, la cual reducida á su más simple expresión, consiste en considerar como autor de homicidio al que mata á otro con ó sin intención de matar y con esta sola condición: que haya un vínculo entre las lesiones y la muerte ó que ésta tenga su germen en aquéllas. Réstanos ahora examinar la misma doctrina dentro de los mandatos de nuestro Código Penal.

IV

Por el artículo 1.º de dicho Código, «es delito toda acción ú omisión voluntaria penada por la ley.» De esta definición, que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

es un mandato legal, resulta que si no se penan como homicidios las muertes causadas con lesiones que no sean de necesidad mortales en el concepto de los doctores ó de los mismos tribunales, estas muertes no serán delitos por la sencillísima razón de no tener una pena determinada. Y en efecto, á estos gravísimos delitos ante la ley moral no son aplicables ninguna de las penas de las lesiones corporales, en general, porque todas ellas presuponen la supervivencia de la víctima; y, en especial, porque las penas de los artículos 395, 396, 397 y 398 sólo pueden aplicarse cuando se produce alguno de los resultados prevenidos por ellos, castración, mutilaciones de miembros más ó menos importantes, demencia, inutilidad para el trabajo, impotencia, impedimento de algun miembro importante, notable deformidad, enfermedad ó incapacidad para el trabajo por más de treinta días. Por otra parte, es absurdo que en el sistema del Código, que impone penas proporcionadas á la gravedad de los resultados de las lesiones, se puedan castigar precisamente las que producen la muerte, que es el más grave de todos, con las penas asignadas á las menos graves. ¿No chocaría á la conciencia pública que los tribunales pudieran aplicar sesenta y un días de presidio ó cien pesos de multa, en conformidad al artículo 399, á los parricidios causados con intención de matar y por lesiones que, según los doctores ó las opiniones de los tribunales, no han sido precisa y necesariamente mortales? ¿Y no sería más absurdo todavía que en los mismos casos no puedan aplicar más de quinientos cuarenta días de presidio ó de mil pesos de multa?

Sin embargo, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha sido uniforme en considerar como delitos de lesiones á los homicidios causados por heridas, golpes ó malos tratamientos de obra que no hayan sido la causa precisa y necesaria de la muerte, como se expresan dichos tribunales; y además, en aplicar á estos casos las penas de los números 1.° y 2.° del artículo 397 y las del 399. Pero del estudio detenido que hemos hecho de esta jurisprudencia, no hemos hallado una regla, un principio ó una razón que la apoyen; y por el contrario, nos ha indicado que esos tribunales, para aplicar sus penas, calculan arbitrariamente los resultados que las lesiones habrían producido si no hubiese

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sobrevenido la muerte, y aplican las que la ley asigna á estos resultados.

Y como puede parecer muy grave nuestra afirmación, necesitamos transcribir, por lo menos, un estracto de varias sentencias que justifiquen lo que decimos.

En efecto, la sentencia 1,464, página 789 de la *Gaceta de los Tribunales* del año de 1883, aplicó el número 1.º del artículo 397 de nuestro Código Penal, á un individuo que dió con alevosía seis puñaladas á otro que murió de resultas de una enfermedad que produjeron las heridas; pero que sin éstas no habría sobrevenido.

La 1,618, página 874 del mismo año, aplicó el número 2.º del artículo 397 á un reo que causó á otro una herida que produjo otra enfermedad que determinó la muerte.

La 1,824, página 995 del año 1883, aplicó también el número 2.º del artículo 397 al autor de una herida en la cabeza que produjo un ataque cerebral que determinó la muerte.

La 1,939, página 1059, año de 1883, aplicó el número 1.º del expresado artículo al autor de dos roturas cerca del estómago de una mujer dándole de patadas y dejándola caer de alto á bajo. La mujer murió dos días después.

La 2,240, página 1,237, año de 1883, impuso las penas del número 1.º por lesiones que produjeron una enfermedad que determinó la muerte.

La 2,815, página 1,555, año de 1883, aplicó el número 2.º al autor de una puñalada que casi traspasó un muslo y produjo una infección purulenta que determinó la muerte.

La 3,376, página 1,895, del mismo año, impuso las penas del artículo 399 al autor de una herida con sable que produjo accidentes y lesiones cerebrales que determinaron la muerte á los veintidós días.

La 2,433, página 1,520, año de 1884, aplicó al número 1.º del artículo 397 al autor de una puñalada en la barriga de otro que murió, sin constar de autos que la herida fuese de necesidad mortal.

La 684, página 396, año de 1,885, aplicó el número 2.º del artículo 397 á un individuo que con una piedra hirió la cabeza de otro que murió. Los señores Ministros Covarrubias y Lastarria

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

opinaron que debía aplicarse el inciso 1.°, porque no siendo aplicables las penas del homicidio, por no ser la herida de necesidad mortal, tampoco es aplicable el número 2.°, porque sus penas son para las lesiones que duran más de treinta días, después de las cuales el ofendido recobra la salud.

Y la 3,277, página 2066, año de 1886, condenó por el número 1.° del artículo 397 al autor de una herida gravísima que ocasionó la muerte once días después; pero que no fué declarada de necesidad mortal.

Se ve, pues, que según estas sentencias y muchas otras que podríamos citar, es efectivo que nuestros tribunales para penar las lesiones que, sin ser de necesidad mortales, causan, no obstante, la muerte, atienden á la gravedad de ellas y á los probables resultados que hubieran producido si la muerte no hubiera impedido conocerlas á ciencia cierta.

Pues bien, este sistema de imponer, sin voluntad del Legislador, las penas que ha asignado para ciertos y determinados resultados de las lesiones á otros no previstos, ni prevenidos ni penados, nos parece tan arbitrario é ilegal como los sistemas que exigen intención de matar ó que las lesiones sean de necesidad mortales para la existencia del delito de homicidio, aun cuando, como sucede en nuestro Código Penal, el Legislador no haya impuesto tales condiciones; porque si estos sistemas tienden á que los jueces pueden imponer condiciones para la existencia del delito de homicidio que el Legislador no ha establecido, la doctrina que impugnamos quiere sustituir el resultado cierto y determinado por la ley para imponer sus penas á las lesiones corporales, por las opiniones de los médicos ó por cálculos más ó menos inciertos; pues los tribunales solamente pueden deducir que las lesiones habrían producido éste ó aquél resultado previsto y penado por la ley de las consecuencias que, según el estado actual de la ciencia, habrían ocasionado esas lesiones en caso que la muerte no hubiera sobrevenido, cosa que no es permitida al magistrado, que es un mero intérprete de la ley.

Y á este respecto, Chauveau y Hélie dicen en el número 2,563 de su obra citada: "Así, cuando una persona que ha recibido golpes ó heridas, muere del cólera por falta de régimen antes

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de veinte días de cometido el atentado, no podría imponerse al autor sino las penas de las lesiones ordinarias (las del artículo 311), aunque los profesores opinasen que por su naturaleza hubieran producido necesariamente una incapacidad para el trabajo por más de veinte días (ó cualquiera de los resultados que previene el artículo 397 de nuestro Código Penal).» Y en apoyo de su opinión transcriben la siguiente sentencia de la Corte de Casación:

«Considerando: que el resultado efectivo (incapacidad de trabajar por más de veinte días) que exigen tanto los términos como el espíritu de la ley no puede sustituirse sin arbitrariedad por la opinión de los hombres de la ciencia ó por cálculos más ó menos exactos; y que desde el momento en que por un hecho extraño á la acción no ha podido cumplirse la condición necesaria para calificar el crimen, no es lícito deducir dicha condición de las consecuencias morales que la acción ha debido producir, según el estado de la ciencia.»

Además, el sistema de penas graduales que rige en la actualidad ha hecho casi inútiles las reglas de los glosadores antiguos que tendían á evitar la severidad inflexible de la ley, que obligaban á penar igualmente al que mataba con ó sin intención de matar, y al que causaba una lesión mortal ó no mortal de suyo. Y en efecto, la pena del homicidio, según nuestro Código Penal, tiene cinco grados, desde el presidio mayor en su grado mínimo, que es también uno de los grados que impone á las lesiones graves que pena el artículo 397, hasta la de muerte; de manera que los tribunales tienen un ancho campo donde elegir las penas más proporcionadas, y para esta elección pueden serles útiles las reglas de la antigua doctrina.

Así, la falta de intención de matar y el hecho de no ser necesariamente mortales las lesiones que, sin embargo, ocasionan la muerte, como las enfermedades que la víctima sufría de antemano, la atmósfera malsana de los hospitales, etc., serán otras tantas circunstancias atenuantes si el Legislador así lo manda, ó que, en caso contrario, los tribunales tomarán en cuenta para elegir sus penas, sin que haya necesidad de desvirtuar la naturaleza de las acciones; de llamar lesiones, por ejemplo, á las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

muertes que éstas ocasionan cuando no han sido declaradas de necesidad mortales.

Además, bajo el imperio de las leyes antiguas, los tribunales que, siguiendo la doctrina contraria, clasificaban de lesiones corporales y no de homicidio á las que, sin ser de necesidad mortales, causan la muerte, podían imponer legalmente esta ó aquella pena, puesto que las penas de las lesiones eran arbitrarias; mientras tanto bajo el imperio del Código Penal que en vez de castigos arbitrarios ha establecido una verdadera tarifa de penas más ó menos graves, según los resultados que ha prevenido expresa y determinadamente, y entre los cuales no se comprende el de la muerte producida por lesiones que no se declaran de necesidad mortales, los tribunales tienen que pedir prestadas sus penas á las lesiones comprendidas en la tarifa para imponerlas á las que producen la muerte, que es precisamente el resultado más grave y que no está, sin embargo, en dicha tarifa.

Y si esto parece un absurdo, la siguiente consecuencia de esa doctrina lo es, y tan evidente, que por lo menos puede hacer desconfiar á sus partidarios de su lógica y verdad.

Y en efecto, si con intención de matar se causan varias heridas gravísimas que no producen, sin embargo, la muerte, prueba evidente de que no eran de necesidad mortales, nuestros tribunales clasifican y penan el hecho como *homicidio* frustrado; pero si la víctima muere por causa de estas lesiones, que no han sido bien curadas, los mismos tribunales clasifican y penan esta muerte como lesiones corporales, á pesar de que éstas presuponen siempre, como hemos dicho, la supervivencia del ofendido; de suerte que las mismas heridas se clasifican de homicidio, aunque frustrado, si la víctima no muere, y de lesiones corporales, si ocasionan la muerte.

Y todavía es digno de observarse que si nuestro Código no atiende más que á los resultados de las lesiones para imponer y graduar sus penas, sin tomar para nada en cuenta los accidentes extraños que puedan influir en estos resultados, como la atmósfera hospitalaria, la constitución física del ofendido, el estado de su salud, etc.; lo único lógico y armónico dentro de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

este sistema es que tampoco se toma en cuenta ninguno de estos accidentes cuando se trata de lesiones que ocasionan la muerte y menos para desnaturalizar el delito de homicidio, convirtiéndole en lesiones corporales, delito que presupone, volvemos á repetirlo, la supervivencia de la víctima. Y sin embargo, nuestros tribunales, que no toman en cuenta los expresados accidentes en las lesiones que producen cualquier resultado, que no sea el de la muerte, las consideran cuando ocasionan este resultado, y declaran lesionados corporalmente á los cadáveres.

Por fin, si es un hecho que nuestro Código Penal tuvo por base el Español de 1850, parece muy racional que en las materias esenciales en que ambos están literalmente de acuerdo, el espíritu conocido del último sea el alma del nuestro para resolver las cuestiones que pueden suscitarse y que exijan saber el espíritu ó historia genuina de la ley.

Pues bien, el citado Código de 1850 guarda, lo mismo que el nuestro, el más absoluto silencio sobre las reglas de la antigua doctrina que estaban convertidas en leyes por el de 1822; y como este Código y, por consiguiente, las susodichas reglas quedaron derogadas por el artículo 506 de aquél, en realidad de verdad no vemos razón para que se hagan revivir estos restos de una doctrina de tiempos en que estaban en su cuna los principios de la penalidad moderna.

A. FUENZALIDA

Tacna, 20 de octubre de 1888.

¿CUÁL ES EL TRIBUNAL COMPETENTE PARA procesar á un ex-intendente ó ex-gobernador por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones?

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la ley de Régimen Interior de 22 de diciembre de 1885, los intendentes y gobernadores son responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones. Su responsabilidad civil ó cri-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

minal se hará efectiva ante los tribunales establecidos por la ley, dentro de seis meses contados desde el día en que tuviere lugar el acto ú omisión que se les imputare.

Para instaurar la acción civil será necesaria la declaración previa de la Corte de Apelaciones de ser admisible la demanda, y antes de proceder criminalmente el Consejo de Estado deberá declarar que há lugar á formación de causa.

Hecho esto, el intendente ó gobernador cuya responsabilidad se persigue queda á disposición del tribunal competente, que lo es la Corte de Apelaciones de la respectiva jurisdicción, á virtud de lo prescrito en el artículo 67, inciso 3.°, de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales.

Como se ve, la ley ha establecido trámites y solemnidades especiales para las causas en que estos funcionarios tengan parte, y al otorgarles este fuero privilegiado ha querido rodearlos de la dignidad y prestigio indispensables para el acertado desempeño de sus cargos, asegurando al mismo tiempo la seriedad de los procedimientos judiciales como una garantía para sus personas y para los derechos de los individuos que con ellos litiguen.

Surge, no obstante, la duda de saber si esta garantía les cubre sólo durante el tiempo que se hallan en el poder, ó si, tratándose de actos inherentes á sus funciones, les ampara aún en la época en que han cesado de ejercerlas. En otros términos, los procedimientos especiales establecidos para los juicios en que se trata de hacer efectiva la responsabilidad civil ó criminal de los intendentes ó gobernadores ¿subsisten respecto de los ex-intendentes y ex-gobernadores en lo relativo á los actos que en aquel carácter ejecutaron?

La negativa nos parece evidente tratándose de la primera parte de estos procedimientos, es decir, en cuanto á la declaración previa del Consejo de Estado ó de la Corte de Apelaciones, según los casos. Al exigir que estos tribunales declaren que há lugar á formación de causa ó que es admisible la demanda, como diligencia preparatoria del juicio, la ley ha establecido un fuero estrictamente *personal* en favor de los intendentes y gobernadores, fuero que les ampara aún en los procesos que se les promuevan por delitos comunes y que termina cuando abando-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nan sus puestos ó, lo que es lo mismo, cuando expira la causa por que se les concedió.

La razón de este fuero personal es la situación excepcionalmente delicada en que se encuentran los individuos que aquellos cargos ejercen, la necesidad de ponerlos á cubierto de acusaciones continuas y faltas de fundamento, hijas del odio ó del espíritu de partido, que traerían consigo el desprestigio de la autoridad, el desorden y la corrupción.

No pensamos lo mismo en cuanto á la segunda parte, en lo que se refiere al tribunal llamado á conocer en primera instancia de las causas promovidas contra los individuos de que venimos ocupándonos cuando se les persigue por actos que en su carácter administrativo ejecutaron.

El fuero es en este respecto *real ó administrativo*; la ley lo ha establecido, no en consideración del individuo sino de la autoridad que ese individuo representara; se refiere exclusivamente á los actos del funcionario público, y en razón de tales actos, le asegura una protección temporal para ser juzgado por tribunales á cuya jurisdicción en otras circunstancias no podría acogerse.

Este principio no está sancionado en la ley de una manera esplícita y terminante, pero se deduce fácilmente de su espíritu y de la relación y armonía que entre sus diferentes disposiciones deben existir.

El intendente es el jefe superior de su provincia, el representante inmediato del Presidente de la República, y como tal tiene en ella la dirección y supervigilancia sobre todos los ramos de la administración pública. Debe velar especialmente por la conducta ministerial de los jueces y demás empleados judiciales de su dependencia.

Es el juez, en buenos términos, un subordinado del intendente, puesto que tiene en él un fiscal severo encargado de velar por su conducta ministerial para transmitir al Jefe Supremo las faltas que notare, á fin de que este último, en uso de las facultades que la Constitución le confiere, recabe del tribunal superior respectivo y por el órgano correspondiente el uso de las medidas disciplinarias que el caso exija, ó el enjuiciamiento del culpable.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Pero un día después que el intendente haya dejado su puesto, se inicia contra él un proceso para hacer efectiva su responsabilidad civil ó criminal, por los actos de su administración. Si el fuero que la ley le otorga ya no le ampara, si ya no puede invocar el privilegio del funcionario público para acogerse á la jurisdicción de la Corte de Apelaciones, es indudable que debe conocer de esa causa el juez letrado de la cabecera de la provincia, y así tendríamos entonces que el subordinado de la víspera era el encargado de apreciar sus actos y de juzgarlo al siguiente día.

¿Cabe semejante irregularidad en un buen sistema de legislación? ¿Quién podría asegurarnos que había en ese juez el criterio imparcial y desapasionado indispensable para la recta administración de justicia? Fácil es concebir que pudieran turbarlo consideraciones de amistad ó de gratitud, y acaso el odio ó el deseo involuntario de venganza que frecuentemente se produce contra los individuos que han ejercido la autoridad, en los momentos en que vuelven á la vida privada.

El privilegio de ser juzgado por un tribunal superior, adonde no alcanzan las influencias de los partidos ni los rencores de la lucha, sería, pues, completamente ilusorio para los funcionarios administrativos si los abandonase en las circunstancias en que, sin duda alguna, más lo necesitan. Absurdo sería suponer en el ánimo del Legislador tan deplorable inconsecuencia.

Pero veamos otros ejemplos en que la contradicción aparece más de manifiesto.

Conforme á lo que preceptúa el artículo 67 de la Ley de 15 de octubre de 1875, que ya hemos citado, las Cortes de Apelaciones deben conocer también en primera instancia de las causas civiles ó criminales en que sean parte ó tengan interés el Presidente de la República y los Ministros de Estado. Nada dice del ex-Presidente, ni de los ex-Ministros. ¿Cuál sería entonces el tribunal competente para procesar á estos personajes? De conformidad con los preceptos constitucionales vigentes, los intendentes de provincia, los Ministros del despacho y el Presidente de la República pueden ser acusados por la Cámara de Diputados ante el Senado por los delitos y con los trámites que la misma Carta Fundamental señala.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Por la declaración de culpabilidad que el Senado pronuncie, el funcionario acusado queda destituído de su cargo para ser juzgado con arreglo á las leyes por el tribunal ordinario competente, tanto para la aplicación de la pena señalada al delito cometido, cuanto para hacer efectiva la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al Estado ó á particulares. (Art. 98 de la Constitución.)

Creemos que á nadie se habrá ocurrido jamás que *el tribunal ordinario competente* de que aquí se hace mención es el juez letrado de turno de Santiago ó el de la provincia que el intendente acusado gobernaba. ¿A dónde iríamos á parar con semejante procedimiento?

Se nos dirá acaso que la situación legal no es la misma para el ex-Presidente y ex-Ministro que para el ex-intendente y ex-gobernador. Pero semejante afirmación no tiene base alguna atendible. Sea que el funcionario haya abandonado voluntariamente su puesto ó por haber cumplido su período, sea que haya sido destituído ó separado de su cargo, es el hecho que ya no inviste carácter público y, por consiguiente, si en un caso se le desconoce el fuero que como á tal la ley le otorgaba, lógicamente debe negársele en todos.

Tenemos, en resumen, que el fuero que á los funcionarios públicos se concede es de dos clases, *real* ó *administrativo* y *personal*.

El primero sólo toma en consideración el cargo, se da á los actos de la administración que en ellos se persigue y les acompaña cuando vuelven á la vida privada durante el tiempo que la ley señala. Este tiempo es de un año para el Presidente de la República y de seis meses para los ministros de Estado, intendentes y gobernadores.

El segundo ampara únicamente á los individuos que estos cargos desempeñan, se extiende á toda clase de juicios y termina con la expiración de sus funciones.

Y en cuanto á los intendentes y gobernadores, á quienes, mientras sirven estos puestos, se quiere hacer efectiva su responsabilidad civil ó criminal, es necesaria la declaración previa de ser admisible la demanda ó de haber lugar á formación de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

causa que la Corte de Apelaciones ó el Consejo de Estado respectivamente pronuncian.

Para concluir, citaremos en apoyo de la tesis que venimos sosteniendo la interpretación que en esta materia ha dado á la ley la jurisprudencia práctica de los Tribunales Superiores de Justicia. De los tres casos que conocemos en que se ha reconocido el fuero real de los funcionarios administrativos, uno tuvo lugar mucho antes de la vigencia de la Ley orgánica de los Tribunales; bajo su imperio los otros dos.

Con motivo de un suceso ruidoso ocurrido en Copiapó, el Gobierno destituyó en el acto al intendente que en él aparecía complicado, á fin de que el tribunal competente averiguara é hiciera efectiva su responsabilidad. La Corte de Apelaciones de La Serena entró entonces á instruir el proceso respectivo, y nadie declinó ni puso en duda su jurisdicción.

Con fecha 3 de junio de 1885 la Excma. Corte Suprema revocó un auto de prisión librado por un juez de letras contra un ex-gobernador, fallo cuyo fundamento dice así:

"Y considerando respecto á don ... que su acusación se refiere á actos ejecutados por él como gobernador de Petorca, no siendo por este motivo competente para su juzgamiento el juez de letras de dicho departamento; visto lo dispuesto en el artículo 67 del Código de Organización y Atribuciones de los Tribunales, se suspenden los efectos de todo lo obrado con respecto á él y póngasele desde luego en libertad. El juez de primera instancia remitirá copia de los antecedentes á la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago para los efectos á que haya lugar."

Idéntico fallo ha expedido el mismo tribunal en 17 de abril del año en curso, en causa seguida contra el ex-gobernador del departamento de Lontué, de la cual se halla conociendo actualmente la Primera Sala de la Corte de Apelaciones.

Conocemos aún otro caso en que esta misma cuestión se ventila; pero ella no se ha resuelto todavía, y pende de la consideración de la Corte de La Serena.

AGUSTÍN CORREA BRAVO

Santiago, 13 de noviembre de 1888.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ALGUNAS ACLARACIONES A LA ORDENANZA GENERAL DEL EJÉRCITO

Nuestra actual Ordenanza General del Ejército es un estracto de las Reales Ordenanzas de España ó de disposiciones contenidas en Reales Órdenes expedidas como aclaraciones ó ampliaciones de aquel Código. Por esta circunstancia nuestras leyes militares han sido faltas de método y claridad, viéndose frecuentemente en algunos títulos, artículos que evidentemente corresponden á otros, y no pocos que se contradicen entre sí.

Aparte de lo expuesto, con el tiempo y en armonía con las necesidades ó conveniencias del servicio, se han ido modificando sus disposiciones hasta el extremo de ser algunas totalmente alteradas ó reemplazadas por otras, lo que ha venido á poner de manifiesto la urgencia de dictar al fin un nuevo Código Militar.

Un jurisconsulto ha sido encargado por el Supremo Gobierno para presentar un proyecto de Ordenanza que esté en armonía con las demás leyes vigentes, con las necesidades del servicio y con el estado moral y material del ejército; pero como ese trabajo por su naturaleza tiene que ser largo y habrá también de sufrir la demora consiguiente para su revisión y aprobación, las actuales leyes militares seguirán todavía en vigencia durante largo tiempo.

La promulgación del Código Penal, que dispone en su último artículo que quedarán derogadas "las leyes y demás disposiciones preexistentes *sobre todas las materias que en él se tratan*", ha modificado casi por completo las penas que impone la Ordenanza.

La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales ha descargado también de un buen número de causas á los tribunales militares, porque, según se dispone en el artículo 5.º de este Código, sólo deben entender éstos en las que se sigan "por delitos meramente militares ó que consistan en la infracción de las leyes especiales del ramo, y las causas por delitos comunes que cometan los militares estando en campaña ó en actos del servicio militar ó dentro de sus cuarteles."

Existiendo tal estado de cosas, se hace, pues, necesario con

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

frecuencia estar consultando en diversas fuentes las disposiciones vigentes que alteran el actual Código del Ejército, y es por esto que nos hemos resuelto á publicar estos *Apuntes* que pueden en algo ahorrar ese trabajo, particularmente en lo que se refiere al Código Penal, al cual hemos dedicado atención preferente.

Título LXXX de la Ordenanza y artículos equivalentes en el Código Penal

Artículos 1, 2 y 3.— Estos artículos *quedan vigentes* por no tratar de ellos el Código Penal.

Arts. 4 y 5.—Sobre el que con alevosía matare á otro ó lo hiriere.—Código Penal, § I, tít. VIII, lib. II.

Arts. 6 y 7.— El que favoreciese delito ó proteje la fuga de un reo.—Código Penal, § XII, tít. VI, lib. II.

Art. 8.— Sobre el que carga armas prohibidas.— Código Penal, art. 494.— Sobre el que las vende, hace ó reparte, art. 288.

Art. 9.—Amancebamiento.—Código Penal, art. 373.

Arts. 10 y 11.—Quedan *vigentes.*

Art. 12.— Del que falta á los bandos de policía.— Código Penal, título preliminar al libro III.— Sobre desórdenes públicos, arts. 269 y 494.— Sobre quebrantamiento de medidas higiénicas, § XIV, tít. V, lib. II.

Art. 13.—El oficial que diere á otro, palo ó bofetón.—Código Penal, art. 494 (lesión leve).

Art. 14.—El que se casa viviendo la primera mujer.—Código Penal (casamiento ilegal), § X, tít. VII, lib. II.

Art. 15 al 22.—Quedan *vigentes.*

Art. 23.—Sodomía.—Código Penal, art. 365.

Art. 24.—Proveedor y empleados de hospital que abandonan su obligación.—Código Penal, § V, tít. VI, lib. II.

Art. 25.—Del desafío.—Código Penal, § IV, tít. VIII, lib. II.

Arts. 26 al 49.—Quedan *vigentes.*—Sobre oficial desertor (véase donde trata de empleado que abandona su puesto).—§ XI, título V, lib. II.

Arts. 50 y 51.—Quedan *vigentes;* pero sobre tomar el nombre de otro, art. 215 del Código Penal.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Arts. 52 al 58.—Quedan *vigentes.*

Art. 59.—Sobre el que falsifique sellos de Gobierno.—Código Penal, art. 180.—Sobre el que falsifique monedas.—§ I, tít. IV, libro II.

Art. 60.—Falsificación de firmas—Código Penal, art. 161.

Arts. 61, 62 y 63.—Quedan *vigentes.*

Arts. 64 y 65.— Malversación de intereses.— Código Penal, § V, tít. V, lib. II.

Arts. 66 y 67.—Heridas y lesiones graves ó muerte.—Código Penal, § III, tít. VIII, lib. II.—Lesiones leves.—Art. 494.

Art. 68.— Del que castrare á otro.— Código Penal, art. 395.

Art. 69.— Ilegalidad de proveedor de víveres.— Código Penal, art. 274.

Art. 70.— Incendiarios.— Código Penal, §§ IX y XI, tít. IX libro II.

Arts. 71 y 72.—Quedan *vigentes.*

Arts. 73 y 74.— Sobre infidencia.— Código Penal (contra la seguridad del Estado), tít. I, lib. II.

Arts. 75 al 83.— Inobediencia.— Código Penal, § IX, tít. V, libro II.

Arts. 84 al 91.— Sobre insulto.— Código Penal (injuria), §§ VII y VIII, tít. VIII, lib. II.

Art. 92.— Desobediencia, insulto, amenaza ú obra.— Código Penal, art. 494.

Art. 93.—Queda *vigente.*

Art. 94.—Insultos á Ministros de Justicia.—Código Penal artículo 272.

Arts. 95 al 105.—Quedan *vigentes.*

Art. 106.—Correspondencia con el enemigo.—Código Penal artículo 112.

Arts. 107 al 121.—Quedan *vigentes.*

Art. 122.—Perjurio.—Código Penal, § VII, tít. IV, lib. II.

Art. 123.—Queda *vigente.*

Art. 124.—Rapto.—Código Penal, § IV, tít. VII, lib. II.

Art. 125.—Queda *vigente*; pero véase la *Constitución.*

Art. 126 al 139.—Robos.—Código Penal, desde el § I al VIII, título IX, lib. II y las prevenciones del § XI del mismo título y libro.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Art. 140.—Queda *vigente.*

Arts. 141 al 148.—Sedición.—Código Penal, art. 8 y tít. II del lib. II.

Art. 149.— Testigo falso.— Código Penal, § VII, tít. IV, libro II.—Calumnia.—§§ VI y VIII, tít. VIII, lib. II.

Art. 150.— Oficial que perjure. Véase donde se trata del artículo 122.

Art. 151.—Tomar el nombre de los jefes.—Código Penal, § VIII, tít. IV, lib. II.

Arts. 152, 153 y 154.—Quedan *vigentes.*

Art. 156.—Violación.—Código Penal, § V, tít. VII, lib. II.—Estupro, incesto y corrupción de menores.—§§ VI y VII, tít. VII, libro II.

Art. 156.—Vagos.—Código Penal, § XIII, tít. VI, lib. II.

Aclaraciones á otros artículos

Artículo 3, título V de la Ordenanza.—Sobre responsabilidad de menores de dieciseis años.—Código Penal, arts. 10, 11 y 72.

Art. 10, tít. LXXII.— Informes falsos. — Código Penal, § VII, tít. IV, lib. II.

Art. 30, tít. XXXVIII.—Auxilio de las guardias á las autoridades.—Código Penal, § XI, tít. V, lib. II.

Art. 30, tít. LXXVI.— Sentencia injusta.—Código Penal, § IV, tít. V, lib. II.

Seguridad de reos.—En nuestra Ordenanza no hay disposición alguna que autorice al Fiscal para disminuir las prisiones á un reo; no obstante está declarado que «en casos raros y atendida la calidad de la persona y la naturaleza del delito, pueda darse por cárcel á un reo un cuartel, su propia casa y aun la ciudad misma donde se sigue el juicio.» — *Gaceta de los Tribunales*, 1860, sentencia núm. 1368, pág. 877, y 1949. pág. 1172.

Recusación de escribano.—El escribano de una causa puede ser recusado por el reo, siempre que dé razones para ello. —*Juzgados Militares* por Colón, t. III, pág. 348, núms. 764 y 765.

Cuerpo del delito.—Para que haya causa debe haber cuerpo del delito.—Ley 5, tít. 13, Partida 3.ª y *Gaceta de los*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Tribunales, año 1857, sentencia núm. 9772, y año 1859, sentencia núm. 175, y año 1861, sentencia núm. 499.

FAMA DE LOS REOS.—Una cosa de mucha importancia, como lo demuestra la práctica de los jueces, es tener en cuenta la fama de los reos, la cual se ha visto á veces influir únicamente para sentenciarlos, como lo prescribe la ley.—Ley 26, tít. I, Partida 7; *Gaceta de los Tribunales*, año 1857, sentencia número 9628; año 1865, sentencias núms. 1370 y 2336; año 1866, sentencia núm. 587; 1867, sentencia núm. 744.

DEFENSORES.—En campaña los ayudantes de estado mayor, no están exentos de ser defensores.—Real Ordenanza Española, apéndice al tratado 8.º, t. II, pág. 619.—Real Orden de 28 de diciembre de 1848.

Un oficial puede ser defensor aunque tenga menos de veintiún años.— Orden del Consejo, de 20 de abril de 1784.

Un oficial, aunque tenga licencia, no debe hacer uso de ella después de estar nombrado defensor.— Real Orden de 24 de abril de 1823.

Los vocales de un consejo pueden hacer al defensor las preguntas que quieran, y debe contestar.—Real Orden de 27 de mayo de 1788.

El reo no se puede defender solo.—Real Orden de 30 de diciembre de 1839.

CONFESIÓN DEL REO.—La confesión es nula cuando no la toma por sí el juez, asistiendo sin interrupción á toda ella.—*Novísima Recopilación*, ley 10, tít. 42, lib. 12.

También es nula cuando se toma sin presencia del escribano ó en su defecto, de dos testigos de actuación.—*Instrucción para causas*, de 1757, art. 3.º

Siendo nula la confesión en una causa, quedan nulas las actuaciones posteriores y es preciso reponer el proceso al estado que tenía antes de la nulidad.—Ley de 1.º de marzo de 1837 y *Gaceta de los Tribunales* de 1860, sentencia núm. 857.

Pertenece también á cierta clase de confesión el que la parte guarde silencio en algo que se le diga, cuando está probado que entiende el dicho y sea ante el juez; pero puede revocarse después si se prueba la falsedad del hecho.—Ley 8, tít. 6., Part. 3.ª

RATIFICACIONES.—Cuando no pueda haberse ni se sepa dón-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de está algún testigo que deba ratificarse, se certifica la ausencia por medio de una nota del subdelegado del lugar, que se acompaña á la diligencia.—*Instrucción y formulario*, etc., por Valenzuela, pág. 33.

Puede también simplemente omitirse la ratificación.—*Juzgados Militares*, por Colón, tomo III, pág. 331, nota al número 708.

CAREOS.—El careo es una diligencia tan necesaria, que su omisión produce nulidad.—*Recopilación de leyes*, por Varas, tomo II, página 156.—Decreto de 5 de julio de 1845.

Siendo el careo la oportunidad que tiene el reo para estar al cabo de las declaraciones contrarias y poderlas desechar, se le deben dar todas las noticias que pida para llegar al perfecto conocimiento de quién es declarante.—*Constitución Española*, artículo 301.

Para saber lo que debe hacerse cuando un testigo no puede comparecer á los careos, véase el *Prontuario de los juicios* por Cuadra, pág. 103, núm. 59, ó bien, *Instrucción y formulario* por Valenzuela, pág. 34, núm. 124.

AUDITORES DE GUERRA.—El auditor puede ser recusado siempre que existan para ello los motivos que podrían servir para recusar un vocal.—Real Orden de 2 de mayo de 1799.

JUECES.—Puede suceder que un proceso no suministre los datos necesarios acerca de la verdad, y en este caso están los jueces obligados á procurarlos por los medios que les sea posible y por «cuantas maneras puedan,» palabras de la ley 11, tít. 4, Partida 3.ª, á fin de arreglar á ellas sus fallos.—Ley ya citada, 2.ª, título 12, 30, tít. 16, y 3.ª y 11, tít. 22, Part. 3.ª; y Ley 2.ª, título 16, lib. 11 de la *Nov. Recop.*

Pueden los jueces de un consejo hacer réplica á resoluciones, siempre que juzguen que son injustas.—Decreto de 10 de febrero de 1715.

SENTENCIAS.—Para condenar á reo ausente sólo se necesita prueba semi-plena, porque esto, unido á la sospecha de la fuga, induce á hacerlo; no obstante debe ponerse en la sentencia, la calidad de «oírse al reo cuando se presente ó sea aprehendido», —*Nov. Recop.*, ley 1, tít. 37, lib. 12.

Si la fuga de un reo es cuando ya están las pruebas y cuan-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

do ya el reo ha hecho ó podido hacer toda su defensa, se le considera como presente, de manera que si hay en el proceso mérito para condenarle, se hace sin la calidad de oírle cuando sea aprehendido.—*Prontuario de los juicios*, por Lira, t. II, pág. 77.

Como el voto del Presidente del Consejo vale dos cuando no es á muerte, en caso de empate en las sentencias, se absuelve al reo si su voto ha sido absolutorio.—*Boletín*, lib. 19, núm. 168. —Ley de 12 de septiembre de 1851.

Si algún soldado del ejército se desertare, fuera al extranjero y allá cometiera delitos por los cuales fuera juzgado y sentenciado, y después volviera á su patria é incorporado nuevamente á su cuerpo, aparecieran acusándolo de haber sido sentenciado en otra parte, no tiene valor en Chile esa sentencia.—*Gaceta de los Tribunales*, año 1867, sentencias núms. 1951 y 1962.

SEGUNDO ALEGATO.— En las consultas ó apelaciones es permitido á las partes alegar lo que no alegaron y probar lo que no probaron en la primera instancia.—*Nov. Recop.*, ley 2, título 21, lib. 11.

RESPUESTA DUDOSA.—No es permitido valerse de palabras oscuras ó dudosas, como "creo, me parece, niego la pregunta como está expuesta", etc.—Leyes 3.ª, tít 13 y 2.ª, tít. 9, Part. 3.ª

EL QUE CALLA.—El que calla no otorga ni niega.—Regla 33, título 34, Part. 7.ª

JURAMENTO.—Un militar que deba jurar en una causa seguida por la justicia ordinaria, parece que debe hacerlo como cualquiera otro, sin la fórmula de hacerlo sobre el puño de la espada.—*Nov. Recop.*, leyes 18, 19 y 20, tít. 32, lib. 12, y *Gaceta de los Tribunales* de 1851, sentencia núm. 2996.

INCOMUNICACIÓN DE REOS.—Como la Ordenanza no autoriza al Fiscal para incomunicar á los reos, debe tenerse presente que esa costumbre se funda en un decreto de 18 de enero de 1826.

HOMICIDIO.—Como prescribe la Ordenanza que la pena por este crimen será según las circunstancias, conviene tener presente que el que matare á otro en extrema necesidad ó defensa propia, no comete delito.—Ley 2, tít. 8, Part. 7.

El que mate sin querer y por casualidad, tampoco tiene cul-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pa; pero la tiene cuando es por imprudencia y descuido.—*Nov. Recop.*, ley 14, tít. 21, lib. 12.

EXCUSA DE SENTENCIA.—No pueden los jueces dejar de sentenciar excusándose con que la ley no es clara; que el caso no está previsto, etc.—Ley 11, tít. 22, Part. 3.ª

ANÓNIMOS.—Un juez no puede aceptar como base de acusación los anónimos, porque es el medio de que suele valerse la calumnia para atacar alevosamente.—*Nov. Recop.*, leyes 7 y 8, tít. 33, lib. 12.

LUIS ORTIZ OLAVARRIETA

PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

(Continuación)

ADVERTENCIA

Continuamos ahora la publicación del Proyecto de Código de Enjuiciamiento Criminal, que redactaba y dejó inconcluso á su sentida muerte el señor don José Bernardo Lira, este notable jurisconsulto arrebatado en hora muy temprana con inmensa pérdida á la literatura patria y á la obra importantísima de la codificación de nuestras leyes, á que se había entregado con suficiencia y constancia.

Dimos comienzo á esa publicación en el número primero del tomo I de la REVISTA FORENSE CHILENA con una carta del señor Lira en que nos agradecía el concurso que le prestábamos para obtener, como lo deseaba, que personas interesadas en el mayor acierto de las leyes, le enviaran observaciones ó enmiendas que aprovechar en su trabajo; y ahora la seguimos, porque creemos que la ciencia jurídica ganará adquiriendo las ideas que alcanzó á consignar aquel espíritu estudioso y amante de la justicia.

La parte publicada en las páginas 5, 38, 73, 100, 132, 196 y 216 del primer tomo, comprende el Título Preliminar, Disposiciones Generales, dividido en dos párrafos: uno sobre las acciones de competencia de los Tribunales en lo criminal y su ejercicio; y el otro sobre las reglas generales relativas al enjuiciamiento criminal. Alcanzamos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

también á publicar, del Libro I, que trata del Juicio Criminal Ordinario, dividido en varias partes, el Título Preliminar, dedicado á las generalidades del sumario; el Título II, de los diversos medios de iniciarse el enjuiciamiento criminal; y del Título III, que tiene por objeto la comprobación del cuerpo del delito, y del delincuente, el Párrafo I, que contiene las disposiciones generales.

Tenemos ahora para su publicación el Párrafo II de ese título que trata de la comprobación del delito y de las otras diligencias en determinados casos, dividido en cuatro secciones: una sobre el homicidio; otra sobre las lesiones corporales; una tercera sobre los crímenes y simples delitos contra la propiedad, y la cuarta, de los instrumentos públicos y privados.

Lo demás que el señor Lira alcanzó á redactar son nueve párrafos de este Título III; el Título IV, que trata en ocho párrafos de la citación y de las restricciones de la libertad de los procesados, en que se leen disposiciones que enmendarán varios yerros que contiene la ley de garantías individuales; el Título V, del embargo de bienes y de su administración, todo nuevo; el VI, de la confesión, con disposiciones nuevas y bien pensadas, tanto para descubrir el delito y convencer á su autor, cuanto para respetar el derecho del procesado inocente; el VII, de la conclusión del sumario; el VIII, del sobreseimiento; y por fin, el IX, que trata de la formación del sumario por los alcaldes y por los jueces de subdelegación y de distrito, en que se dividen clara y ordenadamente las atribuciones de estos diversos funcionarios.

Terminado así el Primer Libro, el señor Lira había pasado al segundo, *Del Juicio Plenario*, sobre el cual escribió lo relativo á los artículos de previo y especial pronunciamiento; de la contestación del reo; de la prueba y del término probatorio.

Terminaremos esta inserción, que tanto honra á la Revista y á la legislación patria, dando á la publicidad la *Introducción* que el señor Lira trabajaba para explanar su obra.

En la publicación del Proyecto seguiremos incluyendo las notas que el autor ponía para mejor explicar y comprobar las ideas de cada artículo.

Al concluir esta sucinta noticia, nos es grato expresar nuestro reconocimiento al señor don Gabriel Lira Palma, que nos ha proporcionado estos originales, que con tanto placer utilizamos.—La Dirección.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

§ 2

De la comprobación del delito y de otras diligencias en determinados casos

I

HOMICIDIO

ART. 80. Si el sumario se instruyese por causa de muerte violenta ó sospechosa de criminalidad, antes de procederse al enterramiento del cadáver ó inmediatamente después de su exhumación, hecha la descripción ordenada en el inciso final del artículo 70, se identificará por medio de testigos que den razón satisfactoria de su conocimiento.

Artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

ART. 81. Si no hubiese testigo de su conocimiento y el estado del cadáver lo permitiera, se expondrá al público, antes de practicarse la autopsia, hasta por el término de veinticuatro horas; y en un cartel que se fijará en el lugar de la exhibición se expresarán el sitio, hora y día en que se hubiese hallado, á fin de que los que tengan algún dato que pueda contribuir al reconocimiento del cadáver y al esclarecimiento del delito y de sus circunstancias, lo comuniquen al tribunal.

Artículo 341 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

ART. 82. Si á pesar de tales precauciones no fuese el cadáver reconocido, recogerá el tribunal todas las prendas del traje con que se le hubiere encontrado, á fin de que puedan servir oportunamente para hacer la identificación.

Artículo 342 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

ART. 83. Aun cuando por la inspección exterior pueda colegirse la causa de la muerte, mandará el tribunal proceder por facultativos á la autopsia judicial del cadáver.

Se entiende por *autopsia judicial* la inspección del cadáver para el solo efecto de descubrir la causa de la muerte.

Será llamado á presenciar la autopsia ó á intervenir en ella

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el médico que hubiera asistido al difunto en su última enfermedad, si esta medida pareciere útil al tribunal y no ocasionare retardo.

Véanse los artículos 343 de la Ley de España y 128 del Código de Austria.

ART. 84. Los médicos deben indicar en su informe las causas inmediatas que han producido la muerte y las que han dado origen á éstas.

Si existieren lesiones, deben especificar:

1.º Si son resultado de algún acto de tercero;

2.º Si, en tal caso, este acto ha producido la muerte, sea como consecuencia necesaria de él, sea como resultado de causas mediatas que este acto ha determinado directa ó indirectamente, sea por razón de alguna circunstancia particular inherente á la persona, sea, en fin, por efecto de circunstancias accidentales.

3.º Si habría podido impedirse este resultado con oportunos y eficaces socorros.

Inciso Primero. Para la calificación del delito es menester considerar las causas inmediatas de la muerte (causas fisiológicas) y las causas físicas que las han producido.

Inc. 2.º Entre las dos opiniones que dividen á los criminalistas acerca de la clasificación del delito que trae la muerte por lesiones corporales, optamos, pues, por la que lo determina en vista de sus consecuencias, la cual consideramos más conforme al espíritu de nuestro Código Penal y más segura en la práctica por la imposibilidad de conocer la intención efectiva del delincuente.

Esta es la doctrina tambien del Código de Austria de donde tomamos en gran parte este artículo y la del señor don Alejandro Reyes en su Proyecto de Código de Enjuiciamiento Criminal. Véase también la Introducción del señor Fuenzalida al título VIII del Libro II del Código Penal.

ART. 85. Las autopsias se harán en un local público que en cada cabecera de departamento tendrá destinado la Municipalidad para este objeto y para el depósito de cadáveres.

Podrá, sin embargo, el tribunal cuando lo considere conveniente, disponer que la operación se practique en otro lugar, ó

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en el domicilio del difunto si la familia lo pidiese y esto no perjudicare al éxito del sumario.

Véase el artículo 353 de la ley de España.

ART. 86. En los lugares en que no haya facultativos que hagan la autopsia judicial de los cadáveres, serán éstos reconocidos por el juez y dos testigos, quienes extenderán sus certificados con los detalles indicados en el artículo 84 hasta donde sea compatible con sus conocimientos.

Artículo 139 del Proyecto del señor Reyes.

ART. 87. En el caso de muerte por envenenamiento, así como en todos aquellos en que se sospeche muerte violenta y no aparezcan lesiones exteriores que puedan haberla causado, practicará el tribunal la inspección del sitio en que se halló el cadáver y de la casa del difunto para inquirir si en aquél ó en ésta se encuentran venenos ó rastros de cualquiera especie, que acrediten haberse hecho uso de ellos; y observará lo dispuesto en los artículos 70 y 72.

Véase el artículo 144 del Proyecto del señor Reyes.

ART. 88. Si se hallaren venenos, ó sustancias que parezcan serlo, el tribunal nombrará facultativos farmacéuticos que los reconozcan é informen, salvo lo dispuesto en el artículo 190.

ART. 89. En los casos en que se extraiga un cadáver del agua, se averiguará:

1.° Si la muerte ha sido resultado de la sofocación producida por el agua;

2.° Si ha sido causada por alguna enfermedad de que padeciera el ahogado;

3.° Si, habiendo recibido la muerte por acto de tercero, fué después el cadáver arrojado al agua.

Artículo 148 del Proyecto del señor A. Reyes.

ART. 90. En los casos en que sea necesario exhumar un cadáver, el tribunal dará aviso de la diligencia que va á practicar, al administrador del cementerio.

Acto continuo, se constituirá en el cementerio acompañado de facultativos; y averiguado el sitio donde fué sepultado el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cadáver, se le desenterrará y se identificará con el testimonio de as personas que presenciaron ó practicaron el entierro. Evacuado el informe parcial ó tomados los esclarecimientos necesarios para darlo, se restituirá el cadáver á la sepultura.

Véanse los artículos 141, 142 y 143 del Proyecto del señor Reyes.

II

LESIONES CORPORALES

ART. 91. En el caso de lesiones corporales, cuando el herido no hubiere sido visitado por un ministro de fe que haya dado cuenta de su estado, le reconocerá el tribunal y extenderá diligencia de las heridas ó lesiones que en él observare.

ART. 92. Si pareciere al tribunal que puede retardarse la declaración del herido, porque no peligra su vida, se limitará en esta primera diligencia á preguntarle, bajo juramento, quién ó quiénes son el delincuente ó delincuentes, para los efectos de lo prevenido en el título IV del presente Libro.

Si el herido pudiese prestar declaración sin perjuicio de su asistencia personal, el tribunal le interrogará sobre los antecedentes y circunstancias del hecho.

ART. 93. Mandará también el tribunal reconocer el herido por facultativos.

Los facultativos describirán las heridas, el modo como aparecen hechas y los medios ó circunstancias empleadas al efecto; é indicarán cuáles son las consecuencias naturales ú ordinarias de heridas de esta naturaleza y cuáles las que efectivamente se han producido en el caso sometido á su examen.

Artículo 132 del Código de Austria.

ART. 94. Si el herido no tuviese hogar, ó, si teniéndolo, fuera pobre de solemnidad, será remitido al hospital del lugar del suceso; y, si no lo hubiese y no fuera posible enviarlo al de otro lugar, el tribunal lo pondrá al cuidado de personas de confianza, y los gastos de su curación se harán á costa de la Municipalidad.

El hospital ó Municipalidad tienen en estos casos derechos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

al resarcimiento de los gastos que la asistencia del herido les ocasionare, conforme á lo dispuesto en el artículo 48 del Código Penal.

ART. 95. Tan pronto como el estado del herido lo permita, el tribunal le tomará la declaración prevenida en el inciso 2.º del artículo 92.

ART. 96. Si el herido no se hallare en un asilo público, será asistido por el médico que el tribunal designe. Será preferido el médico elegido por el herido.

Tiene el procesado el derecho de designar otro médico que, con el nombrado por el tribunal, intervenga en la asistencia del herido.

ART. 97. Los médicos que asistan al herido darán parte de su estado en los períodos que se les señalen, é inmediatamente que ocurra cualquiera novedad que merezca ser puesta en conocimiento del tribunal.

ART. 98. Si acaeciere la muerte del herido, habrá lugar á lo dispuesto en los artículos 83 y 84.

III

CRÍMENES Y SIMPLES DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

ART. 99. En los sumarios por los crímenes y simples delitos á que se refiere el título IX del Libro II del Código Penal si la pena hubiere de determinarse por el valor de la cosa que es objeto del delito, el tribunal la mandará tasar, y para la tasación se observarán las reglas siguientes:

1.ª El tribunal oirá al perjudicado, y si el reo se conformare con la apreciación que él hiciese, se expresará esta conformidad.

2.ª En todo caso, aun en el del número precedente, el tribunal hará tasar la cosa por peritos. El tribunal facilitará á los peritos las cosas y elementos directos de apreciación sobre que hubiere de recaer el informe; y si no estuvieren á su disposición, les suministrará los datos oportunos que se pudieren reunir, previniéndoles en tal caso que hagan la tasación y regulación

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de perjuicios de un modo prudente con arreglo á los datos suministrados.

3.ª Tratándose de caballos ó bestias de silla ó carga, se tasarán separadamente el animal y la montura ó arneses.

Véanse el artículo 365 de la Ley de España y la circular de la Corte Suprema, fecha 7 de diciembre de 1876.

IV

FALSEDAD DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS Ó PRIVADOS

ART. 100. En los casos de falsedad cometida en instrumentos públicos ó privados, se hará por peritos el cotejo de los verdaderos con los falsos; y se agregará siempre al proceso el instrumento que se redarguye de falso.

Sin esta agregación no se tendrá por probado el cuerpo del delito.

Artículo 224 del Proyecto del señor Reyes.

ART. 101. Si se tratare de la falsedad que se comete contrahaciendo ó fingiendo letra, firma ó rúbrica, el tribunal mandará practicar por peritos un cotejo de la letra, firma ó rúbrica redargüida de falsa con otras indubitadas.

ART. 102. En los casos del artículo precedente y siempre que se susciten dudas sobre la legitimidad de un escrito que se atribuya al procesado, podrá el tribunal ordenarle que escriba, á presencia de él, algunas palabras ó frases.

§ 3

De la entrada y registro en lugar cerrado; del registro de libros y papeles; del registro de los vestidos; y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica.

ART. 103. Podrán los tribunales decretar la entrada y registro en cualquier edificio ó lugar público ó privado, cerrado, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado ó efectos ó instrumentos del delito, ó libros, papeles ó cualesquiera otros objetos que puedan servir para su descubrimiento ó comprobación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El auto en que el tribunal ordene esta diligencia será siempre fundado, y en él se expresarán determinadamente el edificio ó lugar cerrado en que ella haya de verificarse.

ART. 104. Para proceder al examen y registro de las iglesias y demás lugares religiosos, pasará el tribunal recado de atención á la Autoridad Eclesiástica local, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 106.

ART. 105. Para la entrada y registro de las casas y naves que, con arreglo al Derecho Internacional, se reputan territorio de otra nación, el tribunal pedirá su venia al respectivo agente diplomático por medio de un oficio, en el cual le rogará que conteste dentro de veinticuatro horas.

Si el agente diplomático negare su venia ó si no contestare dentro del término indicado, el tribunal lo comunicará inmediatamente al Ministerio de Justicia. Mientras el Ministerio de Justicia no comunique su contestación ó el resultado de las gestiones que practicare, el tribunal se abstendrá de entrar en el lugar indicado; pero adoptará las medidas de vigilancia á que se refiere el artículo 107.

ART. 106. El auto de entrada y registro se notificará al dueño ó arrendatario del lugar ó edificio en que se va á practicar la diligencia ó al encargado de la conservación ó custodia de dicho lugar ó edificio.

Si no fuere habida la persona á que se refiere el inciso precedente, la notificación se hará á cualquiera persona mayor de edad que se hallare en dicho lugar ó edificio.

Si no se hallare á nadie, se hará constar esta circunstancia por certificado del secretario con asistencia de dos vecinos, los cuales firmarán el certificado.

ART. 107. Desde el momento que el tribunal decrete la entrada y registro en cualquier edificio ó lugar cerrado, adoptará las medidas de vigilancia convenientes para evitar la fuga del procesado ó la sustracción de instrumentos, efectos del delito, libros, papeles ó cualesquiera otras cosas que hayan de ser objeto del registro.

ART. 108. Sólo en casos en que la urgencia lo haga necesario, podrán practicarse de noche la entrada y registro de que en el presente párrafo se trata.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 109. El registro se hará á presencia del interesado ó de la persona que legítimamente le represente.

Si aquél no fuere habido ó si no quisiere concurrir ni nombrar representante, se practicará á presencia de un individuo de su familia, mayor de edad.

Si no lo hubiere, se hará á presencia de dos testigos vecinos del mismo pueblo.

El registro se practicará siempre á presencia del secretario y de las respectivas personas indicadas en los incisos precedentes.

Todos los concurrentes firmarán el acta.

ART. 110. El tribunal evitará las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo estrictamente necesario; adoptará todo género de precauciones para no comprometer su reputación, y respetará sus secretos que no interesen á la instrucción del proceso.

ART. 111. Sólo se suspenderá el registro por el tiempo en que no fuere posible continuarlo.

ART. 112. Siempre que el tribunal suspenda el registro, hará cerrar y sellar el local ó los muebles en que hubiere de continuarlo, en cuanto considere necesaria esta precaución para evitar la fuga de la persona ó la sustracción de las cosas que buscare.

Adoptará además, durante la suspensión, las medidas de vigilancia á que se refiere el artículo 107.

ART. 113. En la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado se expresarán los nombres del juez que la practique y de las demás personas que intervengan, los incidentes ocurridos, la hora en que ella se principió y concluyó, la relación del registro por el orden en que se haga y los resultados obtenidos.

ART. 114. Si no se encontraren las personas ú objetos que se buscan, ni aparecieren indicios sospechosos, se dará copia del acta al interesado que la pidiere.

ART. 115. No se ordenará el registro de los libros y papeles de contabilidad del procesado ó de otra persona, sino cuando hubiere indicios graves de que de esta diligencia resultará el descubrimiento ó la comprobación de algún hecho ó circunstancia importante en la causa.

ART. 116. El tribunal podrá recoger los libros, papeles ó cua-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

lesquiera otras cosas que encontrare, si lo estimare necesario para el resultado del sumario.

Los libros y papeles que se recojan serán foliados, sellados y rubricados en todos sus hojas por el tribunal y por el secretario. Podrá también rubricarlos, si lo tuviere á bien, el interesado ó el que haga sus veces.

ART. 117. Toda persona está obligada á exhibir los objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa.

Si el que los tiene se negare á la exhibición, podrá ser apremiado con multas proporcionadas á sus facultades, y prisión de uno á sesenta días.

ART. 118. Siempre que la entrada en un lugar cerrado, público ó privado, tuviere sólo por objeto la aprehensión del procesado ó de otra persona, podrá el tribunal abstenerse de practicar por sí la diligencia.

Salvo lo dispuesto en el artículo 104, bastará, en tal caso, que expida orden de entrada en dicho lugar, la cual orden se entregará al ministro de fe ó agente de policía á quien se encomiende su ejecución.

El ejecutor notificará la orden al encargado de la conservación ó custodia del lugar ó al dueño ó arrendatario de él y, en defecto ó ausencia de ellos, á la persona que allí se encontrare en el momento de practicarse la diligencia.

Esta orden se llevará á efecto no obstante cualquiera resistencia y, en cuanto fuere compatible, se observará todo lo dispuesto en los artículos precedentes.

ART. 119. Puede también el tribunal ordenar el registro de los vestidos que actualmente lleven personas respecto de quienes haya indicios para creer que ocultan en ellos objetos importantes para la investigación ó comprobación de un delito,

✠ JOSÉ BERNARDO LIRA

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

I

¿PUEDE SER JUEZ ÁRBITRO EL MENOR HABILITADO DE EDAD?—El artículo 174 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales establece que puede ser nombrado árbitro toda persona mayor de edad, con tal que tenga la libre administración de sus bienes y sepa leer y escribir. Lo cual se entiende, dice su inciso 2.º, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 1323 y 1325 del Código Civil; los cuales disponen que no podrá ser partidor, sino en los casos expresamente exceptuados, el que no fuere abogado, ni el que fuere albacea ó coasignatario de la cosa de cuya partición se trata; y que, si todos los coasignatarios tuvieren la libre disposición de sus bienes y concurrieren al acto, podrán hacer la partición por sí mismos, ó nombrar de común acuerdo un partidor, sin que perjudiquen en este caso las inhabilidades referidas. De todo lo cual se infiere que cuando los coasignatarios no tienen la libre administración de sus bienes, ha de ser precisamente abogado el partidor.

Empero ¿quiénes son mayores de edad? Lo dice el conocido artículo 26 del Código Civil, que refiere las expresiones *mayor de edad* ó *mayor* á los menores que han obtenido habilitación de edad, en todas las cosas y casos en que las leyes no hayan exceptuado expresamente á éstos. Consagra también esta excepción el artículo 297, según el cual la *habilitación de edad* es un privilegio concedido á un menor para que pueda ejecutar todos los actos y contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de veinticinco años, *excepto aquellos actos ú obligaciones de que una ley expresa le declare incapaz.*

Estas excepciones son muy pocas: así, el menor habilitado no puede enagenar ó hipotecar sus bienes raíces, ni aprobar las cuentas de su tutor ó curador sin autorización judicial con conocimiento de causa (art. 303); no pueden ser tutores ni curadores (art. 500); ni albaceas (art. 1272); ni contraer matrimonio

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sin el respectivo consentimiento de otra persona ó de la justicia en subsidio (art. 107); ni casarse con la persona que ha servido la tutela ó curaduría sin que éste haya hecho aprobar sus cuentas por el juez con audiencia del defensor de menores (art. 116). Nos parece muy fundadamente que no hay otro caso de excepción.

Por consiguiente, debemos deducir que para poder ser árbitro no hay inconveniente alguno legal en un menor habilitado de edad, como no lo hay para que pueda servir de fiador, ni para parecer en juicio.

En un caso práctico recién ocurrido en Valparaíso, se negó este derecho en primera instancia al abogado don Ángel Guarello Costa, menor habilitado de edad; pero la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago lo reconoció clara y terminantemente.

Ni podía pretenderse que era un obstáculo legal pertinente el que hubiera menores interesados en la partición, porque la ley civil no reconoce una excepción en este caso, limitándose á exigir que el nombramiento de partidor que en ese evento no hubiere sido hecho por el juez, deba ser aprobado por éste (artículo 1326).

Damos cabida á continuación á las sentencias á que nos referimos, copiándolas de la *Gaceta de los Tribunales* de 12 de septiembre último, número 2589.

"Valparaíso, 18 de julio de 1888.—En conformidad á lo dictaminado por el promotor fiscal en la vista que precede, no há lugar á la designación de árbitro, que los interesados hacen, en su escrito de fs. 9, en la persona del menor don Ángel Guarello Costa, habilitado de edad Reemplácese el papel.—SÁNCHEZ.—*Valenzuela Carvallo*, secretario.

"Santiago, 3 de septiembre de 1888.—Vistos: teniendo presente: Que según lo dispuesto en el artículo 174 de la Ley de 15 de octubre de 1875, puede ser árbitro toda persona mayor de edad, con tal que tenga la libre administración de sus bienes y sepa leer y escribir, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1,323 y 1,325 del Código Civil;

"Que aparece de los antecedentes que el árbitro propuesto por los interesados, don Ángel Guarello Costa, ha obtenido habilitación de edad y se halla en posesión de su título de abogado, circunstancia esta última exigida por las referidas disposiciones del Código Civil, siempre

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que en el juicio divisorio sean partes ó tengan interés menores de edad, como sucede en el caso de esta incidencia;

"Que á virtud de lo dispuesto en el artículo 26 del Código Civil, las expresiones *mayor de edad* ó *mayor*, empleadas en las leyes, comprenden á los menores que han obtenido habilitación de edad en todas las cosas y casos en que las leyes no hayan exceptuado expresamente á éstos;

"Que el artículo 297 del mismo Código, explicando y definiendo la habilitación de edad, dice que ella es un privilegio concedido á un menor para que pueda ejecutar todos los actos y contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de veinticinco años, excepto aquellos actos ú obligaciones de que una ley especial lo declare incapaz;

"Que los actos y obligaciones á que se refieren los artículos citados, no sólo son los meramente civiles, sino todos aquellos que se mencionan en las leyes, de cualquiera naturaleza que sean, como lo explica el artículo 302 al exceptuar, de los derechos que emanan del privilegio de habilitación, los derechos políticos;

"Que la Ley de 15 de octubre citada sólo exige la edad de veinticinco años para desempeñar el cargo de juez de letras, el cual cargo, aunque análogo bajo ciertos conceptos á las funciones que desempeñan los árbitros, no es, sin embargo, de la propia índole de estos últimos; se revoca el auto apelado de 18 de julio último, corriente á fs. 13, y en consecuencia se aprueba el nombramiento de juez partidor hecho en el abogado don Ángel Guarello Costa por los herederos de don Francisco Drugeon, debiendo extenderse la correspondiente escritura de compromiso con inserción también de este auto.—Publíquese y devuélvanse, agregándose el papel competente.—URRUTIA.—SILVA.—ERRÁZURIZ.—FLORES.—Proveído por la Segunda Sala de la Iltma. Corte. —Por Vial, *Cuevas*, secretario."

En un artículo inserto en *La Época*, nuestro compañero don Agustín Correa Bravo cita el artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1881, que exige que el nombramiento de jueces árbitros recaiga precisamente en letrados mayores de veinticinco años; por lo cual llama la atención, y nosotros le acompañamos en ello, de la Comisión Revisora del Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil de Chile.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

II

DERECHO DE LA MUJER PARA SER RECIBIDA POR EL MARIDO EN SU CASA.—En la *Gaceta de los Tribunales* de 10 de septiembre último, número 2,587, se encuentra, bajo el número 1,905, una sentencia á que queremos llamar la atención de nuestros lectores.

Doña E. A. de C. demandó á su marido don L. C. para que se declarase que éste debía recibirla en su casa, conforme al inciso 3.º, artículo 133 del Código Civil, de la cual se encontraba alejada por diversas circunstancias que minuciosamente refiere.

El marido demandado alegó en su defensa que la situación regular del matrimonio era imposible entre él y su mujer, por las divergencias ocurridas, y pidió se declarase no estar obligado á recibir en su casa á su mujer, como ésta lo pretendía. Motivos de salud en ella habían originado la separación de hecho en que vivían desde hacía tres años, porque no hubo acuerdo entre ambos respecto de las medidas que habían de tomarse para el restablecimiento de aquélla, lo que dió causa para los procedimientos que se siguieron en orden á la ruptura de las relaciones conyugales.

El juzgado de letras de Valparaíso, con fecha 18 de mayo último, declaró que había lugar á la demanda de doña E. A. de C., y que su marido debía recibirla en su casa. Establece al efecto los hechos que resultan de la prueba rendida y aplica los artículos 102, 133 y 170 del Código Civil, la ley de 10 de enero de 1884 y la ley 1.ª, título 14, Partida 3.ª

La Segunda Sala de la Corte de Apelaciones, con fecha 1.º de septiembre, ha confirmado la sentencia de primera instancia, con el voto unánime de los señores Urrutia, Silva, Errázuriz y Flores.

Elevando á la categoría de derechos perfectos los principios morales que rigen la vida conyugal, nuestro Legislador civil escribió los artículos 131 y 133 del Código, que rara vez habíamos visto citados en algún litigio concreto sobre ellos.

De aquí la sorpresa que se experimenta al leer estas senten-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cias, perfectamente ajustadas, por otra parte, á las disposiciones legales.

Sin embargo, nosotros no aconsejaríamos á aquellos cónyuges que en tales casos se encuentren el ejercicio de las acciones procedentes de los citados artículos del Código.

Es cierto: como derechos perfectos, puede llegarse al caso de requerir la fuerza pública para obligar, entre otras cosas, á un cónyuge desamorado á entrar en la casa conyugal; pero también lo es, que mejor que esa sanción, verdaderamente ridícula é impertinente, en estas situaciones existe otra á la cual ha proveído la ley de matrimonio civil: el divorcio temporal ó perpetuo. De aquí que es una acción ineficaz la deducida de los artículos citados, porque siendo natural que el marido ó la mujer no quieran cumplir la decisión judicial, habría que apelar á la acción de divorcio como último y decisivo recurso para normalizar legalmente una situación de hecho verdaderamente difícil.

Conviene, pues, entablar solamente la acción de divorcio, que produce efectos civiles regulares para el conseguimiento de la paz temporal ó perpetua de los matrimonios descabalados.

¿No es, en efecto, ciertamente absurdo solicitar de la justicia el que el marido ó la mujer guarden fidelidad, se presten respectivamente protección y obediencia, que se *obligue* á la mujer á vivir con el marido y á seguirle, y que ella á su vez sea recibida en el hogar por el marido?

Es necesario convencerse: hay derechos morales que no deben llevarse á los estrados de los Tribunales, porque no tienen de ordinario otra garantía seria que la honradez y la conciencia del individuo.

La Moral, ántes que el Derecho, en estos casos. No se entablen juicios estériles y alguna vez escandalosos, que no harían sino traer nuevas averías á la nave matrimonial.

III

EMOLUMENTOS DE LOS OFICIALES DEL REGISTRO CIVIL CUANDO EJERCEN SUS FUNCIONES FUERA DE LA OFICINA.— En la *Gaceta de los Tribunales* de 20 de octubre de 1888, número 2619, hemos encontrado, bajo el número 2271, una inciden-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cia promovida en Ovalle por don Mariano Navarrete contra el Oficial del Registro Civil de esta ciudad, don Juan de Dios Lanas, por haberle cobrado éste la suma de veinticuatro pesos cincuenta centavos por la diligencia de celebrar su matrimonio fuera de la oficina. Siendo ilegal este cobro, recurrió al juzgado para que éste resuelva si debe ó nó pagar esta cantidad.

El oficial alegó diversas razones en favor de sus derechos y negó al referido Navarrete la procedencia de su instancia, pues debió, á su juicio, entablar demanda ordinaria.

El juzgado, con fecha 15 de mayo de 1888, oído el dictamen del promotor fiscal, favorable á la solicitud de Navarrete, resolvió como sigue la incidencia, con el mérito de los considerandos que se apuntan:

"Considerando: 1.° Que los Oficiales del Registro Civil están sometidos á la inmediata vigilancia de los jueces de letras en todo lo que se relaciona con el fiel y exacto cumplimiento de sus obligaciones;

"2.° Que á este juzgado corresponde resolver la duda á que ha dado origen la solicitud de don Mariano Navarrete, á fin de que sirva de norma en lo sucesivo y su resolución sea observada por todos los Oficiales del Registro Civil que dependan de este juzgado;

"3.° Que, según el artículo 19 de la ley de 17 de julio de 1884, los Oficiales del Registro Civil no pueden cobrar derechos ó emolumentos de ninguna especie por los servicios que prestan en tal carácter. Pero cuando son llamados á ejercer sus funciones fuera de la oficina, podrán cobrar los derechos que correspondan á los notarios por el artículo 2.° de la ley de 21 de diciembre de 1865;

"4.° Que el artículo 2.° de la ley de 21 de diciembre de 1865, dice: "Si el notario fuere llamado para otorgar un instrumento público fuera " de su oficina, ganará dos pesos, además de los derechos que corres- " pondan á la diligencia que va á practicar; y si se le llamare después de " las diez de la noche hasta las seis de la mañana, cobrará cuatro pesos;"

"5.° Que el espíritu de la ley de 17 de julio citada, ha sido que los servicios que se presten por los Oficiales del Registro Civil sean gratuítos, y este mismo espíritu está de manifiesto en todas sus disposiciones, pues el artículo 32 dice á la letra: "Las actuaciones, certificados y " demás diligencias que se practiquen por los Oficiales Civiles, no darán " derecho para cobrar emolumentos ni honorarios de ninguna especie, " salvo lo dispuesto en el artículo 19, y todos ellos se expedirán en " papel común;"

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"6.° Que siendo obligación de estos funcionarios practicar sin retribución todas las diligencias necesarias para que tenga lugar un matrimonio, no pueden, por el hecho sólo de salir fuera de su oficina, cobrar más honorario que el fijado para la salida, que son dos ó cuatro pesos, según la hora, ya que lo que es materia de pago no es la práctica de aquellas diligencias, sino el hecho material de abandonar la oficina;

"7.° Que al examinar la redacción del artículo 2.° de la ley de aranceles judiciales, se comprende claramente que la frase *además de los derechos que correspondan á la diligencia que va á practicar* tiene perfecta aplicación tratándose de los notarios, pues éstos cobran legalmente sus emolumentos, no sólo por cada diligencia, sino también por la salida de la oficina, mientras tanto que siendo gratuítas todas las diligencias que deben practicar los Oficiales Civiles, deberán sólo cobrar su salida, que es lo extraordinario, mas no las diligencias que forzosamente tienen que ejecutar, ya sea dentro ó fuera de la oficina, para que el matrimonio se lleve á cabo.

"En mérito de lo expuesto se declara: que cuando los Oficiales del Registro Civil sean llamados á prestar sus servicios fuera de la oficina, sólo podrán cobrar como único emolumento la suma de dos ó cuatro pesos, según la hora en que aquellos servicios se presten.

"Comuníquese á todos los Oficiales del Registro Civil de este departamento, ejecutoriada que sea esta resolución. Anótese. Reemplácese el papel.—AGUIRRE M.—*Bolados R.*, secretario."

"La Serena, 6 de octubre de 1888.—Vistos: Confírmase la resolución apelada de 15 de mayo último, corriente á fojas 9, con costas del recurso.

"Esta sentencia ha sido acordada después de desechada la indicación del Ministro Gorroño para que se haga poner constancia en autos de la distancia que tuvo que recorrer el Oficial del Registro Civil de Ovalle para prestar los servicios de que se trata y de la hora en que éstos tuvieron lugar.

"El mismo Ministro, con el mérito de los considerandos 3.°, 4.° y 5.°, opina que se declare que el cómputo de los derechos que debe cobrar dicho funcionario en el presente caso ha de hacerse con arreglo al artículo 2.° de la ley de aranceles judiciales de 21 de diciembre de 1865 relacionado con el 33 de la misma ley, revocándose en lo demás la resolución citada. Publíquese y devuélvanse.—CAVADA.—GORROÑO.—GAETE.—CÁDIZ.—Proveído y firmado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones, *Cuéllar*."

Estas resoluciones son bien fundadas y concluyentes. En los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

considerandos de la de primera instancia se ha tratado la tesis con todos los razonamientos y aspectos legales de que es susceptible.

En el ESTUDIO SOBRE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL, publicado por el Director de esta REVISTA en 1887, se sostuvo la misma opinión en el comentario del artículo 16 de la ley. Recordaremos la manera cómo fué tratada en ese libro esta cuestión.

"La celebración del matrimonio en la oficina del Registro Civil, dice en la página 91, no irroga á las partes gravamen alguno, porque según el artículo 19 de la citada ley orgánica (la del Registro Civil), los oficiales no pueden cobrar derechos ó emolumentos de ninguna especie por los servicios que presten en tal carácter.

"No pasa lo mismo cuando son llamados á ejercer sus funciones fuera de la oficina, en esta ocasión en la casa designada por los contrayentes, porque entonces pueden cobrar los derechos que corresponden á los notarios por el artículo 2.º de la ley de 21 de diciembre de 1865, sobre aranceles judiciales. Si el notario, dice este artículo, fuere llamado para otorgar un instrumento público fuera de su oficina, ganará dos pesos *además de los derechos que correspondan á la diligencia que va á practicar;* y si se le llamare desde las diez de la noche hasta las seis de la mañana, cobrará cuatro pesos. No está demás advertir que el emolumento no puede pasar jamás de dos ó cuatro pesos según el caso, pues la diligencia de la celebración del matrimonio, como tal, no le autoriza para cobrar honorario de ninguna especie, según el artículo 32 de la ley del Registro Civil; de manera que las palabras subrayadas de los aranceles no tienen aplicación respecto de los Oficiales del Registro. Nótese que si exigiesen derechos no señalados expresamente por la ley, se harían reos del delito penado por el artículo 241 del Código Penal. Concuerda con la doctrina expuesta la resolución ministerial de abril de 1885."

En efecto, con motivo de unas notas pasadas por los inspectores del Registro Civil que contenían opiniones abiertamente contradictorias sobre la presente tesis y sobre la presentación individual del recién nacido para proceder á la inscripción (*Diario Oficial*, núm. 3,283), el Presidente de la República, por medio

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de su secretaría de Justicia, dió vista al Fiscal de la Corte Suprema; y este funcionario, en un luminoso y erudito dictamen, adhirió al criterio del inspector señor don Benjamín Gacte y estableció la conclusión siguiente:

"2.° Que cuando los Oficiales del Registro Civil fueren llamados á ejercer fuera de la oficina pública las funciones propias de su cargo, no pueden cobrar otros emolumentos que los dos ó cuatro pesos que designa el artículo 2.° de la ley de 21 de diciembre de 1865; salvo que entonces tuviéren que dar alguno de los certificados que según el artículo 19, inciso 2.° de la ley de Registro, deben pagárseles; pues en tal caso podrán exigir también los cincuenta centavos que el antedicho inciso señala." (*Diario Oficial*, núm. 2,384.)

El Ministerio de Justicia aceptó esta conclusión en abril de aquel año; y, transcribiéndola á los inspectores, ordenó á éstos se conformasen á ella en las instrucciones que al respecto diesen á los Oficiales del Registro; no obstante que el otro de los inspectores referidos disintió todavía del parecer del Fiscal, según nota que pasó al Ministerio y que publicó *El Ferrocarril* de 9 de abril de aquel año.

La resolución ministerial es perfectamente legal, como se ha demostrado, y no cabe duda de su perfecta procedencia constitucional, por cuanto en el desempeño de sus funciones los Oficiales del Registro Civil están sometidos á la inspección de los dos funcionarios que nombra el Presidente de la República; y éste, á mayor abundamiento, tiene, por el artículo 73, la facultad de dictar las *instrucciones* necesarias para la ejecución de las leyes.

En este estado las cosas, han transcurrido los años, y lejos de haberse uniformado la práctica, se han suscitado resoluciones contradictorias de los Tribunales y de los juzgados de letras, los cuales también son inspectores de los Oficiales del Registro Civil, según la ley orgánica de este servicio.

La Corte de Apelaciones de Concepción, según nuestras noticias, ha fallado en contra de la opinión de la citada Corte de La Serena.

Mientras tanto, ¿ha sostenido el Gobierno la resolución ministerial de abril de 1885? No sabemos haya alguna providencia

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que la contraríe, pero conocemos un hecho que nos permite abrigar dudas acerca de su voluntad de uniformar los procedidimientos en tan interesante materia.

En la Memoria presentada por el Ministerio de Justicia al Congreso Nacional en el año actual, se inserta en la página 158 una circular dirigida á los Oficiales del Registro Civil por el inspector señor Irarrázaval Vera sobre los derechos que cree están autorizados para cobrar por la prestación de los servicios de su cargo fuera de las respectivas oficinas; y en esa circular, que no puede menos de leerse con asombro, se autoriza á aquellos funcionarios para cobrar en tales casos los siguientes emolumentos:

Caso de matrimonio.	$	24.50
Id. de nacimiento.	"	4.25
Id. de defunción.	"	4.25

Así pues, el Ministerio de Justicia, que desde 1885 tiene adoptada una resolución definitiva en esta materia, que impuso como norma en las instrucciones de los Inspectores, y que éstos están en la obligación de respetar y obedecer como empleados del ramo, viene ahora en 1888 á dar autoridad, insertándola en la Memoria referida, á una circular en que se desobedece abiertamente á sus mandatos, se violan leyes expresas y se introducen prácticas perjudiciales á la armonía de los procedimientos en este punto, no menos que atentatorias de la propiedad individual. Y ¿haremos caso omiso del precedente funestísimo que el Ministerio establece, tolerando la insurrección de sus subalternos en medidas administrativas que les tiene impuestas de un modo categórico.

El caso, á nuestro juicio, es demasiado grave para que deje de imponerse á la consideración del Gobierno, al cual toca hacerse respetar.

Insinuado como queda, por otra parte, que si los Oficiales del Registro Civil perciben esos derechos indebidos se hacen reos de delito, y que puede intentarse contra ellos la acción deducida del artículo 241 del Código Penal, conviene advertir á los particulares la conveniencia de provocar la resolución de esta cues-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tión por medio de sentencias criminales. Y esos funcionarios, sometidos á la acción de la justicia, recordarán entonces que el conflicto había sido provocado por una situación irregular, producida por opiniones encontradas de sus inmediatos superiores.

Pero antes que tales emergencias se presenten, es de esperar que el Gobierno, convencido de la urgencia de hacer respetar sus órdenes como primer elemento de autoridad, desautorice la circular del referido inspector y mantenga la salvadora disposición de 1885.

La Redacción

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—1. COMENTARIO DEL TÍTULO PRELIMINAR Y DEL TÍTULO I DEL LIBRO I DEL CÓDIGO DE COMERCIO, por don José Alfonso, vocal de la Corte de Apelaciones de Santiago y socio correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Un volumen de 387 páginas. Imprenta "Cervantes," Santiago. Es una edición por separado del trabajo que nuestro distinguidísimo colaborador insertó en esta REVISTA, al cual se ha agregado un índice de materias. No necesitamos recomendar á los abogados y jurisconsultos chilenos este interesante libro, pues son conocidos el criterio y suficiencia de su autor en materias jurídicas, y en especial, en las mercantiles. Cábenos, sí, dejar constancia del placer con que recibimos esta publicación, que es honra de nuestra literatura jurídica y ejemplo laudable para nuestros escritores de Derecho. Libro de pura doctrina, sus principios están iluminados por la palabra de las ilustraciones en materia mercantil y por las nociones más adelantadas que han aconsejado la reforma de las legislaciones modernas, y sus razonamientos, sus conclusiones, la crítica misma del texto legal, revelan un criterio sólido y un conocimiento completo, sin omitir tesis alguna que no merezca ser tratada y resuelta sin vacilaciones ni reservas.—2. ESCRITO DE RÉPLICA *en la causa que sigue don José Miguel Silva García con don Zenón y don Nicéto Varas, sobre cumplimiento de un contrato.* Un opúsculo de 51 páginas. Establecimiento Tipográfico de *La Época*, Santiago. Agradecemos esta atención á su autor, el ilustrado abogado señor don Marcial Martínez.

ESPAÑA.—1. REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, de Madrid, tomos 70 y 71, correspondientes á 1887, y 72, que es el primer semestre de 1888. Siempre bajo la dirección acertadísima del Excmo. Señor don José María Manresa y Navarro, esta *Revista* continúa acreditando el alto grado en que se halla la cultura jurídica española. Llenan sus páginas notables disertaciones de reputados jurisconsultos y distinguidos abogados, acerca de todas las materias del Derecho. Se ha propendido así, y continúa trabajándose en ello con laudable perseverancia, al mejoramiento de las múltiples relaciones jurídicas, á la difusión de los conocimientos legales, á la manifestación

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de los progresos del Derecho en la madre patria y en los países extranjeros. No nos es posible singularizar nuestras observaciones, porque el campo es vastísimo y nuestra misión en esta materia, breve. No obstante, mencionaremos el notable discurso del Excmo. señor don Eduardo Alonso Colmenares, sobre los medios por que se forma el criterio judicial; los estudios sobre la vida y modo de ser de las personas morales, por los señores Silvela y Perier; la historia de la codificación española, por don José María Antequera; los estudios sobre la propiedad y el socialismo, por don Ramón Sánchez Ocaña y sobre la irretroactividad de las leyes, por Fiore; y aun un corto estudio del abogado don Sebastián López Arrojo sobre las relaciones jurídico-morales entre padres é hijos, y marido y mujer: hay en este trabajo observaciones interesantísimas sobre la potestad paterna que suelen algunas legislaciones negar á la madre y sobre la facultad del marido para obligar á la mujer á seguirle adonde quiera que traslade su residencia. «En las relaciones entre padres é hijos, dice el señor López, más debe invocarse la Moral que el Derecho. ¡Desgraciados aquellos que, no pudiendo regirse en su trato familiar por las máximas morales, tienen que invocar los preceptos jurídicos y ampararse con la ley!» Las noticias bibliográficas, como que están á cargo de críticos distinguidos, son de lo más completo que se encuentra en esta clase de Revistas, y se refieren á obras y publicaciones periódicas, y respecto de estas últimas aparece constantemente una sección que da á conocer los principales artículos de interés general que registran la prensa profesional española y la extranjera. En la página 663 del tomo 71, á propósito de la obra *El Parlamentarismo*, que contiene las conferencias pronunciadas en el Casino de Oviedo, por don Adolfo Posada, catedrático de Derecho Político y Administrativo de la Universidad de Oviedo, se halla un estudio bibliográfico, que reproducimos al pie de estas líneas, por referirse á una materia que empieza á preocupar á los políticos de Chile. Reproducimos también el juicio emitido en el tomo 72 sobre dos publicaciones jurídicas chilenas.

«EL PARLAMENTARISMO, por don Adolfo Posada.—Los abusos que se han venido cometiendo en el desenvolvimiento y aplicación del régimen parlamentario, han dado ocasión y motivo sobrado al trabajo de crítica que de algún tiempo á esta parte viene haciéndose respecto á este sistema de gobierno y á la creación de la palabra *parlamentarismo*, con la cual se quieren significar todos aquellos abusos y todas aquellas impurezas del régimen. Obras recientes, entre otras la de Mr. Naquet, se destinan á enumerar aquellos vicios y defectos, así como

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

á proponer remedios y paliativos que pongan término al actual estado del régimen parlamentario.—"Preocupado el digno catedrático de Oviedo de esta importantísima cuestión, hubo de elegirla por tema de sus conferencias, que fueron recogidas y publicadas por la Revista de Asturias. Examinando su actual estado, no ya sólo en el terreno de la crítica científica sino la manera cómo en la Constitución inglesa y en la de los Estados Unidos se plantea en la práctica de la vida, dedícase á estudiar si los gobiernos llamados de gabinete, propios y característicos de las monarquías, están organizados con arreglo á los verdaderos principios, ó si, por el contrario, esta clase de gobiernos de origen inglés é implantados al continente, son los que han producido las corruptelas del sistema parlamentario.—"Frente al gobierno de gabinete, del que se afirma produce confusión entre los poderes Legislativo y Ejecutivo, preséntase como remedio una organización de república representativa en la que el Presidente sea personalmente responsable y nombre un gabinete presidencial, limitándose la función del Poder Ejecutivo al cumplimiento de las resoluciones de la Asamblea Legislativa.—"Después de estudiar estas diversas organizaciones del gobierno parlamentario con gran profundidad de conocimientos, opina el señor Posada que las causas del *parlamentarismo*, los defectos y corruptelas que por todos se condenan y censuran, reconocen causas más hondas y no se curan por esa diversa organización del gobierno de gabinete por el gobierno presidencial, sino por la práctica leal y sincera de los verdaderos fundamentos del régimen parlamentario.—"Merece, pues, la obra del señor Posada sinceros plácemes y es digna del mayor elogio.—*E. G. A.*"

"Estudio sobre la ley de matrimonio civil de Chile, de 10 de enero de 1884, por Enrique C. Latorre, abogado y director de la Revista Forense Chilena. Santiago de Chile, 1887.—"Aunque indica el autor, en el prefacio de este libro, en una de cuyas secciones ha cooperado don Paulino Alfonso, que lo ha escrito en medio de labores profesionales y periodísticas y sin otra pretensión que la de abrir camino á la dilucidación de la ley de matrimonio civil y de las interesantes cuestiones que originan su inteligencia y aplicación; bien puede considerarse como un estudio, si no extenso, muy completo, de aquella importantísima ley, en el que demuestra su autor gran copia de erudición y sano criterio jurídico para resolver los problemas que puede ofrecer el texto legal.—"En la notable introducción que precede á los comentarios de la ley, define el autor el matrimonio civil; se ocupa de la facultad que al Estado compete para legislar acerca de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

él; examina con algún detenimiento la parte histórica de la institución en Chile, haciendo indicaciones de los proyectos de 3 de julio de 1875 y 21 de julio de 1883, y de los reglamentos de 24 de octubre de 1884 y 18 de octubre de 1886; expone luego las principales disposiciones de la circular dirigida en 31 de diciembre de 1884 por la Iglesia de Chile á los párrocos de las respectivas diócesis; expresando, por último, los proyectos de reforma y la doctrina legal de las contravenciones y penas.—"Siguiendo el mismo método que la ley, expone seguidamente el articulado y su desarrollo doctrinal, ocupándose en primer término de las disposiciones generales, luego de los impedimentos y prohibiciones, de las diligencias preliminares á la celebración del matrimonio, de la celebración de este contrato, del divorcio, de la nulidad del matrimonio, de la disolución de éste, y, por último, de los artículos transitorios; exponiendo á continuación las adiciones y correcciones que estima necesarias para la más perfecta comprensión de los comentarios escritos á continnación de cada artículo.—
—"Tanto por el caudal de doctrina que contiene, y las útiles citas de autores y códigos que inserta al ocuparse de las diversas prescripciones de la ley, como por la forma concisa en que se exponen, la publicación del señor Latorre es digna de la estimación que sus compatriotas la han dispensado, y encierra evidente utilidad para cuantos jurisconsultos se dedican al estudio de las legislaciones extranjeras.—*Ramón Sánchez de Ocaña.*"

"Don Andrés Bello y el Código Civil, por Miguel Luis Amunátegui Reyes, abogado, Santiago de Chile, 1887.—"El Código Civil chileno, una de aquellas obras que inmortalizan al sabio que las elabora y al país donde se producen, ha sido considerado por distinguidos escritores como uno de los más perfectos, y diversas naciones americanas le han tomado por modelo al hacer la codificación de sus leyes.—
"Publicado en España, comentado y concordado por don Alberto Aguilera y Velasco, y precedido de un notable juicio crítico del ilustre catedrático don Gumersindo de Azcárate, parécenos inútil recordar á nuestros lectores la estructura y disposiciones de este Código.—"El libro del señor Amunátegui comienza con la exposición de algunas indicaciones generales respecto á la historia de la confección del Código; examina con gran detenimiento, después de transcribirlos, los más importantes artículos del proyecto inédito de don Andrés Bello, é indica á continuación las alteraciones hechas en la redacción del artículo, hasta llegar al proyecto definitivo, convertido más tarde en ley.—
"Las últimas páginas de la publicación del señor Amunátegui contie-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nen, bajo el título de *Comentario*, las únicas notas que el señor Bello adaptó por sí mismo al Código Civil.—«Por todas estas circunstancias resulta un libro verdaderamente útil para el estudio de la codificación civil, puesto que el Código de Chile es anterior á casi todos los de América y á los europeos de Grissons, Schaffhouse, Sajonia, Provinvincias bálticas de Rusia, Rumania, Portugal, Italia y Glassis, y en él, lejos de seguirse el trillado camino de traducir el de Napaleón, se encuentra el sello de la originalidad, que envidiarían algunos de los recién confeccionados en Europa.—*Ramón Sánchez de Ocaña.*»

2. Revista de los Tribunales, de Madrid, sección semanal y doctrinal, tomos XIV y XV, correspondientes á 1887. Sigue bajo la dirección del Excmo. señor don Vicente Romero y Girón y destinada al cultivo de los estudios jurídicos españoles en todos sus ramos, dedicando también especial atención á la jurisprudencia de los Tribunales, que inserta en tomos especiales con resúmenes técnicos de las sentencias. Son notables la sección de consultas y la bibliográfica, esta última escrita principalmente por el reputado jurisconsulto de Granada, don Manuel Torres Campos. Á propósito de esta *Revista*, nos es grato dejar constancia del brillante triunfo alcanzado por su ilustre director en el Congreso Jurídico de Barcelona del presente año, tanto por sus merecimientos científicos como por el notable discurso que pronunció acerca del tomo 4.º, que revela su simpática actitud de combate contra la escuela penal positiva de Italia sostenida por Ferri. El señor Romero y Girón impugnó esta escuela antropológica, diciendo que el delito no es sino la negación del derecho, y á la pena toca restablecerlo sin poder descender á estudiar todos los estados patológicos y detalles de conformación del criminal para ver la pena que conviene aplicarle; y se declaró adversario de toda otra pena que no sea la de privación de libertad, que aunque no sea más que el elemento negativo de la pena, ofrece una garantía cierta y positiva.—3. Gaceta del Notariado, de Madrid, órgano independiente del notariado de España y Ultramar, cincuenta y dos números de 1887 y cuarenta del año corriente. Continúa esta publicación sirviendo en su especialidad los intereses de los notarios y á la institución de la fe pública profesional y científica. Son incalculables los beneficios que una revista de este género presta al notariado español, colocada bajo la ilustrada dirección del señor decano del Colegio Notarial y presidente de la Academia Matritense del Notariado, don José Gonzalo de las Casas. En el número 12 del año corriente se expresa como sigue este distinguidísimo colega y amigo acerca de esta Revista y de nuestra obra Estudio sobre

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL: «Con una atenta comunicación y una expresiva dedicatoria de su autor, hemos tenido la satisfacción de recibir por el último correo de Chile, que salió de Santiago el 27 de enero último, la estimable obra que con el título que encabeza estas líneas acaba de publicar en aquella República nuestro ilustrado colega y amigo el señor Latorre.—«También hemos tenido el gusto de recibir los cuadernos núms. 3.° al 8.° inclusive de dicha importante *Revista*, por todo lo cual damos las más expresivas gracias al digno director señor Latorre, que con tanta ilustración viene sosteniendo la única publicación de su género en la República Chilena, que tantas afinidades tiene con España.» Damos sinceras gracias á nuestro distinguido colega por esta deferencia suya.—4. REVISTA DE DERECHO INTERNACIONAL, legislación y jûrisprudencia comparadas, fundada y publicada por don Alejo García Moreno, Madrid. Tres cuadernos, julio de 1887 á junio de 1888, que forman el primer tomo de la publicación, 468 páginas. Como lo anota el Director en su advertencia preliminar, «la conveniencia y aún la necesidad de una publicación de esta índole se dejaba sentir entre los jurisconsultos y abogados de tantas y tan cultas naciones que hablan nuestra hermosa lengua castellana, porque esta conveniencia y necesidad son evidentes para todo el que haya fijado su atención en el portentoso desarrollo que han alcanzado en estos últimos tiempos las relaciones entre los pueblos, aumentando en la misma proporción el interés y la importancia del Derecho Internacional y de todo aquello que facilite el conocimiento de los progresos y del movimiento jurídico que en todos los Estados se va realizando.» El tomo con que felizmente ha empezado á servir estos propósitos nuestro distinguido compañero y amigo, se distribuye en secciones como sigue: doctrinal, en que aparecen notables artículos de Derecho Internacional Privado ó Público y de legislación comparada; crónica político-internacional; crónica legislativa; repertorio de jurisprudencia internacional; revista de la prensa profesional; miscelánea de noticias; bibliografía y anuncios bibliográficos. Vemos con gusto la atención que se consagra al Derecho Americano, pues, se insertan todos los documentos preparatorios del Congreso Jurídico Internacional de Montevideo que actualmente funciona y los que produjo el Congreso de Juristas de Lima en 1878, y que publicamos en nuestro tomo III. Agradecemos particularmente las siguientes expresiones con que el señor García Moreno se ha servido referirse á nuestra REVISTA, en los números 1.° y 2.° de la suya: «Tampoco hemos conseguido hallar en Centro alguno una colección completa de esta REVISTA, una de las más importantes que se publican en el Nuevo Mundo. Por los traba-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

jos insertos en los cuadernos que hemos tenido á la vista, y por otros á que en éstos se hace referencia, podemos asegurar que es una publicación jurídica que nada tiene que envidiar á las mejores de su clase, insertando trabajos importantísimos de todos los ramos del Derecho, dedicando bastante atención y espacio al Derecho Internacional y á la legislación comparada, de los que daremos idea tan pronto como recojamos los suficientes elementos para ello.» Terminamos esta reseña felicitando al señor García Moreno por su espléndida publicación y correspondiendo, por nuestra parte, al saludo que dirige á la prensa profesional.—5. CONGRESO INTERNACIONAL DE 1887 PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD LITERARIA Y ARTÍSTICA, por don José Maluquer y Salvador, un op. de 61 páginas, Madrid. Es una monografía interesantísima que empieza con el desarrollo de la doctrina del autor sobre la referida propiedad, y que no resistimos á la tentación de reproducir en sus puntos principales. «Una vez que hemos visto en sus rasgos esenciales cómo nace la relación de propiedad entre un hombre y una cosa determinada, fácil es concebir, cómo esta relación se convierte en jurídica, cómo la *propiedad* se transforma en *derecho de propiedad*.—«El derecho de propiedad comprende las condiciones necesarias para el cumplimiento de esta relación; porque el fin del Derecho es condicionar las relaciones naturales.—«La misión del Derecho y su órgano el Estado, no es crear la propiedad, para lo que es impotente, ni en su consecuencia modificarla, sino pura y exclusivamente reconocerla y protegerla, por ser la institución destinada á prestar condiciones para todos los fines de la vida humana.—«Hagamos ahora aplicación de estos principios para decidir si existe el derecho de propiedad literaria.—«El autor, que da una forma determinada á su pensamiento y lo encarna en una estatua, lo traslada al lienzo ó al papel, no puede negarse que se ha puesto en relación con un objeto externo. El mismo Ahrens, que no admite la propiedad literaria, no puede menos de reconocer que el autor adquiere un justo derecho por el trabajo intelectual manifestado en un *objeto material*.—«Bien es verdad que ha cincelado la estatua ó ha escrito el libro para realizar el fin estético ó el científico, que son aspectos particulares del destino humano; pero el agricultor y el industrial también deben contribuir en primer término á la realización de éste. Por otra parte, su obra, como todas las que son la práctica de un fin social, ofrece un aspecto económico, y por esto el artista y el sabio tienen derecho también á una retribución que sea medio para el cumplimiento de sus fines, por la relación necesaria de subordinación que existe entre la naturaleza y el espíritu.—«El

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

proceso mediante el que la relación existente entre el hombre y el mundo externo para la realización del fin económico se individualiza y concreta, es en la producción literaria, idéntico á la industrial.—«Utilizó el pintor los colores para dar á una idea que era y sigue siendo de todos, una forma tangible y material, que todos podían haberle dado también; pero es lo cierto que nadie la había manifestado en aquellas determinadas condiciones individuales. Las escenas del camino del Calvario han sido objeto de muchas obras artísticas; pero es uno solo el cuadro que fué *pasmo de Sicilia* y es admiración del mundo entero, en que encarnó el ideal de Rafael.—«Y si este género de propiedad existe, no puede menos de haber un conjunto de condiciones necesarias para el cumplimiento de dicha relación, que constituyen el derecho de propiedad literaria y artística.—«Por estas razones no podrá caber dentro de los moldes históricos del derecho de propiedad la relación jurídica que estamos examinando; pero es indudable que entra de lleno en el concepto filosófico de aquel derecho».—«Resumiendo la doctrina expuesta, dice el señor Maluquer y Salvador, el derecho del autor sobre su obra es de verdadera propiedad en cuanto recae sobre un objeto externo y realiza un fin económico. En su consecuencia, debe tener el carácter perpetuo que es inherente á aquel derecho, el Estado tiene que reconocerlo necesariamente sin hacer distinción de nacionales y extranjeros, y ha de limitarse á señalar los requisitos que aseguren la certeza de las relaciones jurídicas que origine y á determinar las circunstancias que han de acompañar al nacimiento, extinción y modificación de las mismas, así como sus respectivos efectos. Las colisiones entre el Derecho Social y el Individual las resuelven la expropiación y la prescripción». Hace en seguida una reseña de los diversos congresos celebrados en los tiempos modernos sobre esta materia y de los diez que ha organizado la *Asociación literaria y artística internacional* de París, fundada por Víctor Hugo en 1878, de los trabajos del último de los cuales da cuenta el autor latamente en su libro: el celebrado en Madrid en 1887. Damos las gracias á nuestro distinguido amigo por este valioso obsequio con que nos ha honrado y le acusamos recibo asimismo de su artículo *La cultura jurídica española juzgada por un extranjero* (Mr. Rolin Jacquemyns), inserto en *El Correo* de Madrid, de 30 de abril del presente año.

La Dirección

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO IV Santiago, 1.° de enero de 1889 NÚM. 8

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Unión Ibero-Americana, por Enrique C. Latorre.—Notas editoriales: Visita Judicial de don José Alfonso.—Las reformas del Código de Minería, análisis comparativo del nuevo Código publicado el 24 de diciembre de 1888, por F. D. P.—Apuntes de un estudio sobre Código de Minería, por don Frutos Osandón.—¿Hay acción ejecutiva en contra de terceros poseedores de inmuebles afectos á hipoteca? por don Cárlos Rivera Jofré.—¿Tiene mérito ejecutivo la confesión ficta ó presunta, esto es, la que la ley da por hecha en pena de no comparecer el demandado á prestarla? segundo artículo, por don Bernardino A. Vila.—Una innovación del Código Civil Español, por don Juan de Dios Vergara Salvá.—¿Tiene mérito ejecutivo el documento otorgado en papel incompetente? por don Agustín Correa Bravo.—Ochenta y cuatro años de presidio, por don Agustín Correa Bravo.—Revista Bibliográfica, por La Dirección.

UNIÓN IBERO-AMERICANA

Constituídos los Centros Correspondientes de la UNIÓN IBERO-AMERICANA de Santiago y Valparaíso, toma nota con placer esta REVISTA del movimiento de atracción y simpatía que ellos significan hacia los distintos pueblos de nuestra raza y de los positivos adelantamientos que esta institución ha de producir en las relaciones científicas de las naciones unidas, y en especial, de las jurídicas.

Las relaciones de Derecho entre los pueblos modernos distan muchísimo aún de aproximarse siquiera al ideal de cultura y uniformidad que sería de desear para los fines del progreso y de la civilización de nuestros tiempos.

La elaboración lenta y en ocasiones infructuosa de los tratados internacionales, la vaguedad y escasa autoridad de las leyes del Derecho de Gentes, las desconfianzas y recelos en las relaciones diplomáticas de los Gobiernos, son obstáculos que se oponen á este mejoramiento de las condiciones de la vida hu-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mana, circunscritas hoy por las fronteras geográficas y por las murallas invisibles, pero efectivas, del retraimiento sistemático, de las tradiciones antagónicas, arraigadas por mal comprendidos intereses ó por diferencias transitorias, fáciles de relegar al justo desprecio y olvido que merecen.

En el campo sereno de la opinión pública en cada pueblo, la UNIÓN IBERO-AMERICANA se propone trabajar por el vencimiento y desaparición de aquellos obstáculos y estrechar las relaciones de todo género entre las naciones unidas, utilizando ventajas comunes y procurando la introducción en aquellas de elementos nuevos, tales como un mayor conocimiento recíproco del modo de sér de los pueblos y la más sincera confraternidad entre sí.

Acrecerán así las amistosas relaciones de los juristas y abogados de las distintas naciones, en favor de las cuales tanto se trabaja en España y algunos países de América. Testimonio significativo de este laudable intento es el Congreso Jurídico Ibero-Americano que preparan varios ilustrados jurisconsultos portugueses, bajo los auspicios del Gobierno de Portugal.

En la especialidad de esta REVISTA, cúmplenos hacer votos fervientes por la prosperidad y afianzamiento de una institución tan transcendental y que propende á realizar beneficios positivos para la cultura jurídica de las naciones asociadas.

ENRIQUE C. LATORRE

NOTAS EDITORIALES

VISITA JUDICIAL DE DON JOSÉ ALFONSO.— Del informe pasado á la Corte de Apelaciones de Santiago por este magistrado, relativo á la visita quinquenal que le cupo verificar desde el 1.º de diciembre de 1887 en los departamentos de la jurisdicción de aquella Corte, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley de 15 de octubre de 1875, copiamos los siguientes apartes, que hemos juzgado de interés para los fines de esta REVISTA.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En materia civil

Juzgados de primera instancia y de policía local.—"El punto oscuro de la administración de justicia en los servicios que he tenido que examinar está en los juzgados de primera instancia, que tienen el defecto original de ser desempeñados por individuos de las corporaciones municipales elegidas por votación del pueblo, en la cual no se toma en cuenta la investidura judicial, que puede recaer en los favorecidos por el sufragio. Pero este mal va á desaparecer en breve, siendo sólo de sentirse que, ya que la consideración del mayor gasto, la única que podía ser un obstáculo para dotar desde luego á todos los departamentos de juzgados de letras, no existía, se hubieran retardado, aunque por corto tiempo, los efectos de una medida evidentemente útil.

"Esta reforma será completa si en los casos de imposibilidad accidental de los jueces de letras, se les nombran siempre suplentes y se evita la subrogación por medio de los individuos de la Municipalidad.

"Lo que verdaderamente debe sentirse á este respecto es que, tomando en cuenta las lecciones de la experiencia, la nueva ley de Municipalidades haya creído necesario establecer juzgados de policía local, encomendados por turno á los regidores de la Municipalidad, casi al mismo tiempo que se hacían desaparecer los jueces de primera instancia. Es claro que si siempre hubiera dominado el mismo criterio que sirvió para dictar esta última medida, se habría evitado el escollo de confiar actos de la administración de justicia á personas que no tienen de ordinario la preparación especial indispensable y que difícilmente podrán adquirirla."

Observaciones sobre la visita misma.—Para la mayor eficacia de la visita estima el señor Alfonso que debiera darse á su resultado, del cual da cuenta por escrito el mismo visitádor, más pronta y amplia publicidad, y que el mismo funcionario debiera pasar un informe reservado acerca de las cualidades y méritos que distinguen á algunos funcionarios judiciales para los efectos de las promociones y traslaciones de los mismos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Nombramientos de los jueces.—Es de opinión que en las propuestas de los Tribunales debería incluírse un número reducidísimo de nombres, contra la costumbre de acumular en ellos una suma de nombres que ha excedido en ocasiones de seiscientos, para no desvirtuar los fines de la ley y consultar un verdadero mejoramiento de la administración de justicia.

Intervención de la judicatura en la constitución del Poder Electoral.—"Como la acción de la justicia debe ejercerse en un campo sereno, donde no la perturben los intereses y las pasiones que se agitan en la política, tiene, sin duda, no pequeños inconvenientes la participación que la ley ha atribuído á los Tribunales en la formación de las juntas de mayores contribuyentes, que es uno de los actos más importantes de la constitución del Poder Electoral. Dados nuestros hábitos eleccionarios, que no van en camino de mejorarse, la acción de la justicia se verá muchas veces en la necesidad de corregir imperfecciones é irregularidades que la ponen en lucha con intereses que se creerán por esto heridos, los cuales gritan y culpan á los Tribunales de la situación desfavorable que puede habérseles creado. Y como es fácil suponer ó inventar móviles en tal ó cual sentido para cohonestar procedimientos que la ley no autoriza, se hace representar á la magistratura judicial un papel caprichoso, que no redunda en su prestigio. Aunque se piense que no es hacedero reemplazar á los Tribunales en la función indicada, punto es este que no me conviene dilucidar: lo que debe afirmarse es que ese prestigio, que á todos interesa conservar y aún robustecer, ganaría, sin duda, alejándolos de toda participación en los actos constitutivos de las juntas electorales, cuyos resultados son juzgados siempre por la más intransigente de las pasiones, como es la pasión política, sin perjuicio de que todo hecho que constituya un delito quede siempre sometido, para los efectos de la sanción penal, al conocimiento de la autoridad judicial á quien corresponde juzgarlo."

Juzgados de subdelegación y de distrito.—Indica las mejoras que convendría introducir en su servicio, con diversas innovaciones de importancia.

Código de Enjuiciamiento Civil.—"En la materia civil, del mismo modo que en la criminal, se hacen sentir las consecuen-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cias del vacío que produce la falta de un Código de Enjuiciamiento. Desde que las leyes que todavía rigen la tramitación fueron dictadas para que por medio de ellas se aplicasen preceptos, que en muchos puntos difieren de los que actualmente están en vigor, es forzoso reconocer que el ejercicio de un derecho ante la justicia, ha de encontrar á veces entorpecimientos que no se han podido prever ni se pueden evitar. La administración de justicia tiene que resentirse de esta falta, y no puede ser perfectamente expedita mientras no se dicte la Ley de Enjuiciamiento.»

Renta de los funcionarios judiciales.—Opina por que debe elevarse, consultando diversos principios de justicia y equidad que hace valer con acopio de razonamientos y observaciones que merecen entera aceptación.

Conservador de Bienes Raíces.—Nominación de las calles.—«Entre las oficinas en que se ha efectuado la visita, figura la del Conservador de Bienes Raíces, la cual, como se sabe, debe su origen á una feliz innovación introducida por el Código Civil. La constitución de la propiedad inmueble y de los derechos reales que la afectan, tiene en ella una base sólida y estable. Es conveniente llamar la atención sobre ciertas medidas que, tan inofensivas como económicas en la apariencia, pueden disminuir las garantías que el Conservador proporciona á la propiedad. En la última época se ha puesto de moda el cambio de nombre en las calles, cambio que no deja de ofrecer algunos inconvenientes que debo señalar. La identidad de la propiedad raíz urbana tiene que justificarse por medio de sus deslindes, y uno de éstos, á lo menos, que consistir en una calle. Puesto y usado un nombre nuevo, con el transcurso de cierto tiempo se olvida y desaparece el nombre anterior. Agréguense á esto las transmisiones frecuentes de dominio que se operan en la propiedad urbana y la mutación de nombres que esto significa, y se comprenderá que, andando el tiempo y extraviándose ó desapareciendo papeles antiguos, no será raro que se susciten dudas y dificultades acerca de títulos que, de otro modo, se habrían presentado como claros é incontestables. Ya que la transmisión del dominio puede y debe ejecutarse fácilmente, mucho más después de suprimida la alcabala, no es prudente prodigar el cambio de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nombre de un deslinde que, mantenido, constituye una garantía en favor del propietario. Digno y justo es que se procure conservar en la memoria de todos los nombres de personas que han comprometido la gratitud nacional por sus servicios; pero en ciudades en vía de formación, como están generalmente las de este país, para alcanzar ese resultado, no era necesario acudir al arbitrio que se ha puesto en práctica.»

Pago de costas.—«Buscando la mejora del servicio judicial en la diminución de los litigios, convendría, á mi juicio, establecer en materia de pago de las costas, un precepto enteramente contrario al que ahora rige. Hoy día no es responsable de las costas sino el litigante á quien la sentencia ordena expresamente su pago. Parece preferible la regla opuesta. La parte que pierde debería pagarlas, á menos que una declaración del fallo la eximiese de este deber. Toda sentencia llevaría implícita la condenación en las costas. Esta condenación existe por lo general en la segunda instancia. Con la adopción de este sistema se opondría una valla eficaz á la mala fe, y el resultado sería más completo si en la tasación de las costas por honorarios de abogados se procurase buscar una compensación efectiva al gravamen realmente impuesto á la parte por la defensa.»

Dirección superior de los servicios judiciales.—«Para concluír, y empleando la misma entera franqueza que he usado para señalar el mal allí en donde he creído divisarlo, sin vacilaciones ni temor, incúmbeme ocuparme en una causa, de un carácter quizás más general que todas las anteriores, que ha debido ejercer una influencia desfavorable en los servicios del ramo judicial. Desde algunos años á esta parte hase visto que la dirección superior de estos servicios no ha estado con frecuencia encomendada, en este país de abogados, á los que, por razón de sus estudios y naturaleza de su profesión, están obligados á tener un conocimiento cabal de ellos. Ya sea éste un sistema, ya una coincidencia casual producida por las circunstancias, el hecho cierto, indudable es que el servicio judicial ha debido necesariamente resentirse en su marcha y en las reformas que requiere. Por competente é ilustrada que sea una persona en otras materias, sin tener conocimientos sobre la legislación, ¿cómo podrá exigirse

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que dirija con acierto y expedición servicios en que esos conocimientos son indispensables?

"Sin el roce que el ejercicio de la profesión de abogado debe producir con el cuerpo dedicado á la misma profesión y del cual deben sacarse las personas á quienes se encarga la administración de la justicia; sin las relaciones que son una consecuencia necesaria de esta situación; sin el estudio de las cuestiones que se ventilan diariamente ante la magistratura judicial y de las que se relacionan con ella, es inevitable tener á lo menos dudas y vacilaciones, así en el nombramiento de jueces, como en la adopción de las medidas que frecuentemente reclama el servicio judicial, y es probable y fácil incurrir en errores. Y lo peor de todo en semejante estado de cosas es que de ordinario, concluído el noviciado que él impone y cuando los servicios del funcionario pueden ser fructíferos, viene otro á reemplazarlo para comenzar por su parte á aprender. El resultado forzoso y definitivo no puede ser otro que cierta decadencia en la dirección superior de los servicios judiciales, falta de fijeza y unidad de los arbitrios adoptados, y el consiguiente desconcierto que tiene que ser la consecuencia necesaria de un orden de cosas, que lleva en su base el defecto que se acaba de indicar."

En materia criminal

Deficiencias en la administración de justicia en lo criminal. —"En materia criminal, la impresión que deja la visita es menos satisfactoria que la producida por el examen de la materia civil, sin que esta diferencia sea el resultado de defectos de la magistratura judicial, sino de causas que por lo común están fuera del alcance de su acción. Conocida la función que debe desempeñar el juez en las investigaciones criminales, cuya base en los procesos de oficio tiene que ser formada por su iniciativa, al contrario de lo que acontece en los negocios civiles, en los cuales debe sólo pronunciarse, por punto general, sobre las alegaciones y pruebas que aduzcan las partes, es inconcuso que, sin la cooperación de agentes inteligentes y experimentados, las pesquisas judiciales no pueden menos que tropezar con incon-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

venientes que harán con frecuencia ineficaz la acción de la justicia. Al juez deben proporcionarse los primeros datos de la investigación, lo más completos que sea posible; porque él no puede con frecuencia procurárselos por sí mismo. De aquí el papel importante y aún decisivo que tiene que representar la policía de seguridad en las causas criminales.

"Desgraciadamente el servicio de la policía no está á la altura de las necesidades que tiene que satisfacer; y de ello tiene forzosamente que resentirse la administración de la justicia criminal."

Policía judicial.—"Urge al mismo tiempo la creación de la policía judicial, compuesta de agentes escogidos, que dependan directamente de los jueces. Se ha visto lo que sucede en Vichuquén, en donde el gobernador, apoyado en el artículo 10 de la Ley de 15 de octubre de 1875, ha exigido que el juez recabe directamente de él y no del comandante de policía el auxilio de la fuerza. Creo que en Chiloé se ha producido un hecho de análoga naturaleza. Compréndese fácilmente que la transcripción de oficios ó decretos en casos urgentes, que son comunes en asuntos criminales, puede hacer infructuosa la acción de la justicia. Esta consideración, unida á la evidente utilidad que debe producir un cuerpo especial de policía para el descubrimiento de los delitos, aconseja la adopción de la medida indicada."

Juzgados de policía local.—"Como ya se ha dicho en la primera parte de este informe, la creación de los juzgados de policía local á cargo de los regidores municipales por turno mensual, debe ser considerada como un retroceso. Para que sea acertada, es preciso que la administración de la justicia se encomiende á personas que tengan una preparación especial, que puede existir sólo por accidente en los individuos llevados á las corporaciones municipales por el voto del pueblo. La elección de las Municipalidades no se relaciona con consideraciones de orden judicial; sólo se inspira en otros móviles de muy diversa naturaleza. Á lo que debe agregarse que, servidos como han de estar luego todos los departamentos por jueces de letras y aumentado en algunos su número, ninguna necesidad del servicio público inducía á la creación de los jueces de policía local,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que además pugna con el propósito que hizo dictar la primera de las medidas que acaban de enunciarse, puesto que, si se creía conveniente, como era justo, reemplazar a los alcaldes como jueces de primera instancia por jueces letrados, no se nos alcanza á qué principios de lógica se obedeció estableciendo juzgados de policía local á cargo también de individuos de las Municipalidades.

"La creación de estos juzgados es ocasionada á ser la causa de otros inconvenientes que ya se han manifestado en la práctica. El alcance de su jurisdicción suele prestarse á interpretaciones diversas, como se ha expuesto en la parte del informe relativo á los juzgados del crimen de Santiago. Y aunque á mi juicio, el Código Penal ha deslindado las atribuciones de unos y otros jueces, el hecho es que las dificultades han existido y que habría sido fácil evitarlas."

Código de Enjuiciamiento Criminal.—"En otro orden de ideas, la necesidad de un Código de Enjuiciamiento Criminal, que guarde armonía con la ley sustantiva actualmente en vigor, se impone cada día con un carácter de mayor urgencia. Esta es una verdad que no requiere demostración. Basta enunciarla. El trabajo de dicho Código está en preparación, y es de desear que no sufra las dilaciones que ha experimentado el Código de Enjuiciamiento Civil."

Deficiencia en la ley de Registro Civil.—"Aunque la ley ordena que el Oficial Civil procederá á la inscripción de las defunciones en virtud del parte verbal ó escrito que deben dar los parientes ó los habitantes de la casa, ó los vecinos, acompañándose un certificado del médico encargado de comprobar las defunciones, ó del facultativo que haya asistido al difunto, autoriza al mismo tiempo que la verificación de esta circunstancia puede ser sustituída por la declaración de dos ó más testigos; y á este arbitrio es al que constantemente se recurre. De modo que la licencia para la sepultación que el Oficial del Registro Civil da después de inscribir la partida en su Registro, no ofrece garantía alguna acerca de la efectividad del hecho de que se va á enterrar el cadáver de una persona que ha fallecido de muerte natural."

"Puede afirmarse que en esta materia nos encontramos poco

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

menos que en estado primitivo, situación tanto más grave cuanto que en la parte menos culta de nuestra sociedad, es notoria la falta de respeto á la vida humana.»

«Se hace forzoso reglamentar de un modo estricto los procedimientos que deben preceder á toda sepultación; y colocarnos en el pie en que sobre esta materia se encuentran las naciones civilizadas.»

Prodigalidad de los indultos.—«Una de las causas que hasta cierto punto enerva la acción de la justicia criminal, es la prodigalidad de los indultos. Cuando estaban en vigor leyes de una época antigua y atrasada, que no correspondían á las necesidades ni á las aspiraciones de la cultura y costumbres presentes, se comprende que frecuentemente se acudiera al recurso de gracia para mitigar los rigores de una pena desproporcionada. Pero modificada la legislación penal, el indulto debe ser un arbitrio excepcional, que no debe emplearse sino en casos especiales, tomando en cuenta circunstancias que hayan escapado á la previsión de la ley.»

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

LAS REFORMAS DEL CÓDIGO DE MINERÍA

En el *Diario Oficial* del 24 de diciembre último se ha publicado el nuevo Código de Minería.

Como el cambio de una legislación á otra, sobre todo en materia tan importante para nosotros como la minería, suele introducir alguna confusión en las ideas, creemos que será un trabajo útil el dar á conocer, por un sistema de comparación, cuáles son las principales reformas introducidas por el nuevo Código.

Al publicar estas líneas, no pretendo juzgar la bondad y ventajas de las reformas, sino sólo dar á conocer cuáles son éstas. Tal vez más tarde podré entrar á discutir aquellas cuestiones. Hay algunas cuya conveniencia se impone y ha sido aceptada por todos; pero hay otras también que no tienen tan reconocida ventaja.

Los tres primeros títulos del nuevo Código, que tienen el mismo encabezamiento que los del antiguo, á saber: De las minas y de la propiedad minera; De la investigación ó cateo; De las personas que pueden adquirir minas; sólo contienen las siguientes modificaciones:

1.ª Á la enumeración de las minas de libre explotación por los particulares, que contenía el antiguo Código, se agrega en el artículo 2.º del nuevo, las minas de cromo, vanadio, sodio, iridio y tungsteno.

2.ª El mismo artículo reconoce expresamente el derecho de los propietarios colindantes para explotar las salinas en las playas marítimas y en lagunas y lagos, prolongando sus respectivas líneas de demarcación hasta el mar, laguna ó lago.

3.ª Las servidumbres que deben soportar los fundos superficiales enumeradas en el artículo 6.º del antiguo Código, se aumentan en el nuevo con el uso de las leñas que se emplearen para los trabajadores de las minas; pero el propietario puede hacer cesar este derecho entregándolas cortadas.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Al derecho de formar establecimientos para beneficiar metales, que antes estaba limitado á los metales propios del solicitante, se aumenta el beneficio de esos metales solos ó mezclados con otros.

Y finalmente, se suprime la restricción que contenía el antiguo Código, por la cual el propietario no estaba obligado á consentir el establecimiento de empresas industriales ó comerciales de fundición ó beneficio.

Esta supresión parece significar que ahora el minero puede hacer esa clase de negocios, y el propietario no tiene el derecho de oponerse á ellos, como antes.

4.ª Al derecho que concedía el artículo 8.º del antiguo Código para ejecutar obras con objeto de proveerse de aguas necesarias para la bebida y para el movimiento de máquinas de beneficio, se agrega ahora que esto sucederá siempre que no se las haga inadecuadas para el uso á que se las tenga destinadas.

5.ª En el artículo 13 del nuevo Código se fija la base más importante de la reforma, consistente en el amparo de las minas por el pago de una patente, materia sobre la cual el Código entra más adelante en los detalles necesarios.

6.ª Al enumerar el artículo 20 del nuevo Código los lugares en que no puede trabajarse minas, agrega á las disposiciones del antiguo que en los puertos habilitados no podrán emprenderse trabajos sub-marinos sin permiso de la autoridad administrativa y previo informe pericial.

7.ª Respecto de las personas que no pueden adquirir minas ó cuotas en ellas, suprime á los ingenieros de minas del Estado que antes tenían esa prohibición, y en lugar de la frase *escribanos de minas* emplea las de *notarios* y *secretarios* de los juzgados de minas.

8.ª En cuanto á las minas ó parte de ellas, adquiridas por esas personas que tienen prohibición legal, en lugar de la antigua pena que las declaraba vacantes y adjudicadas al que las solicitare ó denunciare, dispone el nuevo Código, en su artículo 23, que se adjudiquen á la Municipalidad del departamento en que se encuentre ubicada la mina.

En el título 4.º, que trata de los descubrimientos de minas y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de los modos de constituír la propiedad de éstas, se encuentran las siguientes reformas:

1.ª Define con claridad lo que se llama descubridor de cerro virgen y de cerro conocido, diciendo que el primero tiene ese nombre cuando descubre mina donde no se haya registrado otra dentro del radio de cinco kilómetros, y el segundo, cuando el descubrimiento es dentro de ese mismo radio.

2.ª Al hacer manifestación del descubrimiento, á más de las circunstancias que expresa el artículo 27 del antiguo Código, debe agregarse la designación de la especie de mineral, el nombre que quiere dar á cada una de las tres pertenencias á que tiene derecho y la extensión expresada en hectáreas que desea comprenda cada pertenencia. Deberá expresar también si es descubridor de cerro virgen ó de cerro conocido, y estas pertenencias deben registrarse y demarcarse separadamente.

3.ª Concede el nuevo Código en su artículo 30 al descubridor de cerro virgen el derecho exclusivo de pedir pertenencias dentro del radio de cinco kilómetros, partiendo del pozo de la pertenencia descubridora, durante el término de cincuenta días

4.ª La fabricación del pozo de ordenanza queda reducida á labrar un pozo ó boca-mina de cinco metros á lo menos de profundidad vertical, que sirva de punto de partida para fijar la ubicación de la pertenencia y para hacer constar la existencia del mineral que se va á explotar.

5.ª La pertenencia, que se define en los mismos términos que lo hace el artículo 78 del antiguo Código, se forma de dos distintas maneras, según la clase de minas de que se trata.

Respecto de las expresadas en el inciso 1.º del artículo 2.º, es decir, de las que propiamente se llaman metálicas, la pertenencia es un sólido de base rectangular y de profundidad indefinida dentro de los planos verticales que lo limitan, y comprenderá la extensión de cinco hectáreas superficiales como máximo y de una hectárea como mínimo, á voluntad del registrador.

Para las sustancias minerales de que se ocupan los otros incisos del mismo artículo 2.º, la pertenencia comprenderá hasta cincuenta hectáreas.

Esta regla comprende el carbón de piedra, demás fósiles y las salinas.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

6.ª Después de labrado el pozo, el registrador debe alinderar provisionalmente su pertenencia con mojones visibles en cada uno de sus extremos, y en seguida debe ratificar su registro. En el pedimento que al efecto se presente, además de las especificaciones que exigía el antiguo Código, deben expresarse los rumbos hacia los cuales ha medido y alinderado provisionalmente la pertenencia y el número de hectáreas que ella comprenda.

Este pedimento debe registrarse en la misma forma que la manifestación, y todo debe cumplirse dentro de los noventa días concedidos para labrar el pozo.

7.º Como el nuevo Código no concede ninguna prórroga de gracia para cumplir con estas obligaciones, debe entenderse que quedan derogadas las que concedía el artículo 39 del antiguo en los casos de fuerza mayor. Por consiguiente, y conforme al artículo 41 de dicho nuevo Código, si el registrador no labrare el pozo y no ratificare su registro, se le tendrá por desistido de su derecho.

El artículo 5.º trata de las pertenencias para explorar en cerro conocido, cambiando las palabras *veta conocida* que empleaba el antiguo Código, por las más propias de *cerro conocido*; y contiene estas reformas:

1.ª Las pertenencias para explorar el terreno, y no la veta, como antes se decía, por el rumbo que se indique, á continuación de las que demarcare el descubridor, sólo pueden presentarse ciento ochenta días después que se ratifique el registro ó se demarque la pertenencia de una mina descubierta.

Aun cuando en este pequeño trabajo de exposición no quería hacer ninguna obsérvación de fondo, no puedo menos de lamentar este crecido plazo de paralización que se impone sin objeto en los casos de descubrimientos.

Si el descubridor sólo tiene noventa días improrrogables para labrar el pozo, fijar los linderos provisionales y ratificar su registro; si el derecho exclusivo para pedir pertenencias dentro del radio de cinco kilómetros sólo dura cincuenta días, que están comprendidos dentro de los noventa, no se comprende el motivo por el cual se impide que se presenten solicitudes para ex-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

plorar por otros noventa días más, que se necesitan para completar los ciento ochenta de que trata esta reforma.

2.ª Según el antiguo Código, el concesionario de pertenencias para explorar sólo podía registrar en caso de descubrir criadero mineral dentro del plazo de noventa días que se le concedían al efecto; y si no encontraba tal criadero ó no registraba en aquel plazo, perdía todo derecho.

El artículo 46 del actual Código, por el contrario, dispone que el concesionario queda obligado á labrar el pozo y á ratificar el registro, aunque no hubiere encontrado criadero mineral.

El título 6.º del nuevo Código trata "De la demarcación ó mensura de las pertenencias y constitución del título definitivo de la propiedad". En consecuencia, quedan sin valor por efecto del nuevo sistema, los títulos 6.º y 7.º del antiguo, que respectivamente se ocupaban "Del abandono de las minas y de la pérdida de ellas por despueble, y de la constitución de la nueva propiedad en las minas despobladas ó perdidas por otra causa."

El procedimiento para la demarcación, mensura, y constitución del título definitivo, queda sujeto á las reglas que siguen;

1.ª Debe citarse á los mineros colindantes en la misma forma antes establecida.

2.ª No habiendo contradicción de parte y resueltos los litigios á que la solicitud de mensura diere lugar, el juez ordenará que se ejecute la operación en el día que designe.

3.ª El interesado hará la mensura por medio de cualquier ingeniero de minas con título, á presencia de dos testigos, y á falta de ingeniero, por un perito nombrado por el juez.

4.ª Cada interesado podrá nombrar ante el juez un perito que asista á la mensura y demarcación, el cual vigile las operaciones del que va á ejecutarlas y haga en el terreno las observaciones y reclamos referentes á los procedimientos, datos y apreciaciones periciales.

5.ª El ingeniero reconocerá la mina, y encontrando que hay mineral ó criadero, y que existe la labor legal, demarcará la pertenencia en la forma pedida en la ratificación, ó como entonces lo pidiere, no habiendo contradicción; comprendiendo siempre el pozo dentro de la pertenencia; recogiendo muestras del mi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

neral y marcando los puntos en que hayan de colocarse los hitos ó mojones.

6.ª Se levantará una acta circunstanciada de lo ocurrido, que se remitirá al juez y, hallándola completa, éste la mandará inscribir ó subsanará las faltas que notare.

7.ª Si hubiere divergencias sobre puntos periciales entre el ingeniero y los peritos asistentes, el juez nombrará otro ingeniero ó perito para que proceda en común con los divergentes; y resultando de la nueva operación mayoría de opiniones conformes, se ordenará la inscripción con arreglo al acuerdo de la mayoría.

8.ª Esta operación será inmutable y constituirá definitivamente el título de propiedad de la mina, sin que pueda impugnarse sino por error pericial constante de la misma acta ó por fraude ó dolo. Deberá también rectificarse á petición y expensas del vecino que alegare que tiene mayor extensión de la que se le asignó en el título.

9.ª El minero debe mantener y conservar los mojones de su pertenencia, sin alterarlos ni mudarlos, bajo pena de pagar una multa que no baje de cincuenta pesos ni exceda de quinientos sin perjuicio de su responsabilidad criminal. Cuando por caso fortuíto se destruyere algun lindero, el minero lo hará presente al juez para que lo mande reponer con citación de los colindantes.

El título 7.º del Código trata "De los derechos del minero sobre su pertenencia y de las internaciones de las minas", que es el mismo encabezamiento del título 9.º del antiguo; pero reduce á cinco artículos los diez que éste contiene.

En cuanto á los derechos del minero, el nuevo Código en su artículo 63, que es el único en que se ocupa de la materia, distingue entre el concesionario de mina metalífera y el concesionario de las sustancias minerales á que se refiere el inciso 2.º y siguientes del artículo 2.º El primero es dueño exclusivo, dentro de los límites de su pertenencia y en toda la profundidad, de todas las sustancias minerales que existieren ó se encontraren en ella; y el segundo sólo adquiere las sustancias que manifestó ó registró.

Los cuatro artículos restantes de este título, que son relati-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vos á las internaciones, sólo reproducen los preceptos vigentes, sin más modificación que establecer de un modo absoluto el derecho de visitar la mina vecina en todo caso, sin limitar ese derecho á los que enumeraba el artículo 110 del antiguo Código. En consecuencia, ese derecho puede ejercerse en lo sucesivo sin necesidad de expresar causa, bastando para ello una manifestación de la voluntad del interesado.

El título 8.º se ocupa "De la explotación de las minas y de los servicios que se deben", materias que están tratadas en varios artículos de los títulos 10 y 11 del antiguo Código.

Éste ordenaba, en su artículo 114, que las minas se trabajasen conforme á las reglas del arte y á las disposiciones de seguridad y policía que prescriban los reglamentos que dicte el Presidente de la República.

El nuevo Código, conservando esta segunda parte, dispone respecto de lo primero todo lo contrario, es decir, que los mineros explotarán libremente sus minas, sin sujeción á prescripciones técnicas de ningún género (art. 68).

Como consecuencia de este homenaje á la libertad de industria, se suprimen también todas las prescripciones minuciosas que contenía el título 10 del antiguo Código sobre el modo de trabajar las minas.

En lo relativo á los servicios que se deben las minas, este título se ocupa primeramente de los socavones, y sobre este punto copia textualmente los preceptos del antiguo Código.

Sin embargo, el nuevo Código pasa en silencio dos puntos de que trataba el antiguo.

El primero es relativo al precepto del artículo 139 de éste, que después de establecer que el socavonero en pertenencia ajena no podía explotar la veta que encontraba, principio que se reproduce en el nuevo, agregaba aquél como excepción que podía registrar y hacer suyas las vetas que encontrare en terreno vacante, llenando las condiciones impuestas á los descubridores. Esta excepción se ha suprimido en el nuevo Código, probablemente por ser redundante é inútil.

Y el otro punto es referente al amparo de las minas abandonadas que se atravesaren con el socavón, sobre lo cual también

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

guarda silencio el mismo Código, ya que en otra parte ha establecido un modo de amparar las minas, tan distinto del antiguo.

El segundo servicio de las minas, de que trata este título, es el referente á la ventilación y paso subterráneo de las aguas, sobre lo cual reproduce el precepto del artículo 143 del antiguo Código.

Suprimido todo lo relativo a los ingenieros del Estado y peritos de minas, de que se ocupaba el título 12 del antiguo Código, el nuevo trata á continuación, en el título 9.º, "De la enagenación, de la prescripción de las minas y de la venta de minerales," materias de que trata el título 13 del antiguo.

En este punto no existe reforma ni modificación de ninguna especie, pues el texto de ambos Códigos es literalmente igual.

Igual observación hay que hacer en cuanto al contenido del título 12 "Del arrendamiento por tiempo de los servicios de operarios," pues todos sus artículos son enteramente iguales á los del título 14 del antiguo Código, que trata de la misma materia.

El título 11 tiene este encabezamiento: "De las compañías mineras," lo cual introduce alguna variante respecto del título 15 del antiguo Código, que dice así: "De las minas en sociedad ó comunidad."

Este último parece más propio, pues los principios legales que rigen la sociedad no son todos aplicables á la comunidad; y el nuevo Código establece que las compañías de que trata pueden ser formadas por contratos expresos para formar una compañía, ó por actos que hacen nacer una comunidad, como el hecho de registrar ó adquirir una mina en unión con otro. Si pueden, pues, existir compañías y comunidades en las minas, era natural que se conservase el antiguo encabezamiento del título.

Las modificaciones que el Código introduce acerca de esta materia son las siguientes:

1.ª Parece deducirse de dicho Código que exige ó hace ne-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cesario el nombramiento de un presidente para cada compañía minera, pues aún cuando no existe ningún precepto expreso sobre esto, en el artículo 105 dispone que las citaciones se expedirán por el presidente de la sociedad.

2.ª Ordena también que la sociedad ó su directorio deben constituír un representante suficientemente autorizado para todo lo que se relacione con la autoridad.

3.ª La administración de la compañía corresponde á todos los socios; pero pueden nombrarse uno ó más administradores elegidos por los dos tercios de los votos presentes. Sus atribuciones se determinarán por los socios, y sin autorización especial no podrán contraer créditos; gravar las minas en todo ó en parte; vender los minerales ó pastas; nombrar ni destituir los administradores de la faena.

4.ª Las obras que deben ejecutarse en la mina con los productos que rindiere, se determinarán por mayoría de votos, siempre que el valor de ellas no exceda de la mitad de los productos.

Y si los gastos exceden de esa cuota ¿qué se hará? El Código no lo dice y parece natural que en este caso se exija la unanimidad de los socios.

5.ª Si no diere productos la mina, la cuota con que deben concurrir los socios se fijará por los que representen las dos terceras partes de las acciones en la mina.

6.ª Si hubiere inconcurrencia á los gastos, el administrador podrá disponer de la parte de minerales, pastas ó dinero correspondiente al inconcurrente. No habiendo productos ó no siendo éstos bastantes, cualquier socio contribuyente puede pedir al juez que el inconcurrente sea requerido de pago, con apercibimiento de tenerlo por desistido de su derecho. No verificando el pago dentro de los treinta días siguientes al requerimiento, su parte de mina queda desierta y será vendida en remate público por el mínimum de la cuota que adeuda á los socios. El sobrante se entregará al inconcurrente, deducidos los gastos.

El socio requerido podrá oponerse dentro de los treinta días á la pretensión de los socios concurrentes, acompañando á su escrito los documentos y exposición clara de los hechos. Las causales de oposición serán: 1.º, pago de la cantidad por la cual

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se ha hecho el requerimiento; 2.º, que esa cantidad proceda de trabajos ejecutados sin consentimiento del oponente, en los casos que ese consentimiento sea necesario; 3.º, que la cantidad que se solicita esté destinada á esa misma clase de trabajo; y 4.º, la existencia de minerales suficientes para cubrir la deuda.

Al mismo tiempo el reclamante presentará fianza por los gastos que se causen ó por las cuotas que deban entregarse después del requerimiento hasta la resolución definitiva.

7.ª Las compañías de minas se disuelven: 1.º, por el hecho de reunirse en una sola persona todas las partes de la mina; 2.º, por abandono declarado de la mina; y 3.º, cuando, habiéndose formado la compañía bajo estipulaciones especiales, se verifica algún hecho que, con arreglo á esas estipulaciones, produzca la disolución.

8.ª En cuanto á las compañías de exploración, dispone el nuevo Código que se constituyen por el hecho de ponerse de acuerdo dos ó más personas para realizar una expedición con objeto de descubrir criaderos minerales. El acuerdo podrá ser de palabra ó por escritura pública ó privada.

Cuando los cateadores no reciben sueldo ó remuneración, se suponen socios en lo que ellos descubran. Los que ganen salarios, cualquiera que sea su ocupación, descubren para el empresario que los paga, y si hubiere precedido promesa ó convenio, deberá hacerse constar por escrito.

El título 12 del nuevo Código trata "De la patente y de la caducidad del dominio de la mina;" y no tiene equivalente en el antiguo, ya que aquél establece aquí un sistema antes desconocido.

Según ya queda establecido en el artículo 13 del Código, se concede la propiedad perpetua de las minas, bajo la condición de pagar anualmente una patente por cada hectárea de terreno superficial que comprendan. En este título se reglamenta ese precepto sobre las siguientes bases:

Las minas metalíferas comprendidas en el inciso 1.º del artículo 2.º, pagarán una patente de diez pesos anuales por hectárea; y las pertenencias formadas con depósito de las sustancias

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

minerales comprendidas en el inciso 3.º del mismo, pagarán cinco pesos anuales por hectárea.

Las minas, cuya explotación cede al dueño, como el carbón y demás fósiles no comprendidos en el inciso 1.º del artículo 2.º, y las salinas, no pagarán patente mientras no sean transferidas á otra persona como un inmueble separado del suelo. En este último caso pagarán cinco pesos anuales por hectárea.

Los actuales propietarios de minas pagarán la patente sin tomarse en cuenta las fracciones de hectárea; pero pagarán una hectárea, aunque tuvieran menos.

Los actuales propietarios de minas de cobre que han fijado sus pertenencias por planos paralelos á la inclinación de la veta, sólo pagarán por la superficie exterior que ocupen, sin tomar tampoco en consideración las fracciones de hectárea.

Los propietarios de minas que en la actualidad gozaren de los privilegios concedidos al socavonero, de amparar varias pertenencias con una sola labor, no pagarán patente por más de treinta hectáreas, cualquiera que sea la extensión que ocupen.

Los actuales concesionarios de depósitos de boratos pagarán como máximo la cantidad de cien pesos por todas las pertenencias de un mismo yacimiento que poseyeren.

En el inciso final del artículo 2.º, el Código ha dicho que el Estado se reserva la explotación de las guaneras en terrenos de cualquier dominio y la de los depósitos de nitratos y sales amoniacales análogas que se encuentren en terrenos del Estado ó de las Municipalidades, sobre las que, por leyes anteriores, no se hubiera constituído propiedad minera de particulares. Como en el título de que se trata no se habla de estas sustancias en cuanto al pago de la patente, es claro que quedan libres de ella. Cuando ellas se exploten por cuenta del Estado, como las guaneras, no hay para qué imponer una contribución, que se pagaría con una mano para recibirla con otra. En el caso que las salitreras formen una propiedad particular, como sucede con todas las que están en actual explotación, sin duda se les ha eximido de la patente en consideración al crecido derecho de exportación que pagan sobre sus productos.

Sin embargo, es de notar que en este caso los particulares pueden suspender el trabajo de sus salitreras indefinidamente,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sin que pierdan su propiedad, á diferencia de las minas de otra especie, que sólo pueden conservarse pagando la patente, bien sea que se trabajen ó nó.

La patente anual se pagará *anticipada* en las tesorerías fiscales, desde el 1.º hasta el 31 de marzo de cada año. Si el pago se hiciere en otro departamento que el de la ubicación de la mina, el jefe de la oficina recibidora remitirá, dentro de tercero día, al tesorero de ese departamento una copia autorizada de la partida de ingreso.

Cuando el primer pago de una concesión debiera hacerse en día distinto del mes de marzo, se pagará la parte proporcional que corresponda hasta el 1.º de marzo del año siguiente.

Si no se pagare la patente en las fechas expresadas, las minas se sacarán á remate para adjudicarlas al mejor postor. Del importe del remate se retendrá para el fisco la cantidad adeudada, y el resto, con deducción de las costas, se devolverá al concesionario anterior. Éste podrá suspender el remate de su propiedad pagando una cantidad doble del valor de la patente adeudada. No habiendo postores, el juez declarará el terreno franco.

Como el Código habla únicamente de *cantidad adeudada*, parece evidente que el Fisco no tiene derecho para cobrar intereses. La ley, por regla general, ha fijado el monto de los intereses penales que deben pagarse al Fisco; pero desde que en este caso no los menciona y sólo grava al minero con las costas que se causen, no puede dudarse que no hay obligación de pagar intereses de ninguna clase sobre la deuda.

Las tesorerías, en los quince primeros días de abril, deben pasar al juzgado una nómina de las propiedades mineras que no hayan pagado el impuesto: el juez ordenará la publicación de avisos, por cinco veces, en un periódico del departamento, si lo hubiere, y en su defecto, carteles, en los que fijará el día del remate, el cual tendrá lugar entre los cuarenta y cincuenta días desde la fecha de la publicación del primer aviso.

El título 13 del nuevo Código se ocupa "De los avíos de minas," que es el mismo contenido del título 16 del antiguo. La mayor parte de los artículos están copiados de éste, y sólo encuentro las siguientes diferencias:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

1.ª Al reproducir el precepto de que cuando no hay término ni cantidad para los avíos, los contratantes podrán poner término al contrato cuando lo crean conveniente, el nuevo Código agrega la frase "previo el pago de lo debido".

2.ª Se ha suprimido el artículo 193 del antiguo Código, que decía: "Podrá el minero poner fin á los avíos en cualquier tiempo, desprendiéndose de la propiedad de la mina en favor del aviador; y éste, renunciando á su crédito de avíos".

Esta supresión no puede significar que estos derechos de las partes dejan de tener existencia en lo futuro, sino que es probable que se les ha considerado superfluos, dada la definición del contrato. Sin embargo, ningún mal habría habido en conservar vigente un precepto tan corto y tan necesario.

3.ª Se ha agregado en cambio al nuevo Código un artículo, bajo el número 148, que dice así: "Las acciones concedidas al aviador por los artículos precedentes, no impiden el examen é intervención del dueño de la mina; y la oposición del aviador al ejercicio de esta facultad en cualquier acto de la administración, lo privará de ella. Cesará también en la administración por abuso de confianza, sin perjuicio de la responsabilidad criminal".

El título 14, "De los juicios en materias de minas", introduce reformas en toda la sustanciación, que son importantes y eran necesarias.

En primer lugar no deben admitirse más escritos que los de demanda y contestación, y una vez presentados, se citará á una audiencia verbal; en esa audiencia el juez citará á las partes para sentencia, si no se necesita prueba ó las partes están conformes en los hechos. Si la causa se recibe á prueba, ésta debe rendirse en la misma forma que determina el actual Código con la modificación de que en caso de ocupaciones del juzgado, la prueba debe cometerse al Juez Letrado de Apelaciones.

Estas reglas sumarias dejan mucho que desear en cuanto á claridad.

El precepto de no admitir más escritos que los de demanda y contestación, ¿excluye los que tengan por objeto formar artículos previos? Creo que nó, y que el Código sólo ha querido re-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ferirse á los escritos de fondo, y que por tanto sólo se suprimen los de réplica, de dúplica y los alegatos de bien probado.

Pero si no se pueden presentar los alegatos en la forma actual, y de los cuales deba darse traslado, se concede el derecho de hacer observaciones por escrito, para que se tengan presentes; de manera que lo suprimido es el traslado del primer alegato.

Como sólo existen jueces de apelación en Santiago y Valparaíso, es claro que en el resto de la República los jueces letrados tendrán que recibir la prueba por sí mismos. Y ¿por qué no se ha tomado en cuenta respecto de ellos el recargo de trabajo para arbitrar algún medio de librarles de la pesada tarea de recibir la prueba?

El Código dice que, hecha publicación de probanzas, el juez citará á comparendo, y con lo expuesto en él, quedarán las partes citadas para sentencia.

Entonces ¿se niega á las partes el derecho sustancial de tachar á los testigos, ó este derecho puede ejercerse durante el término probatorio? Nada dice el Código sobre esto; se limita á conceder el derecho de repreguntar al testigo, lo que es muy distinto del derecho de tacharlo.

Otra reforma consiste en la agregación del artículo 251, que dice: "Toda indemnización de perjuicios, si no hubiere convenio entre los interesados, se hará á justa tasación de dos peritos, nombrados uno por cada parte, ó de un tercero, que nombrará el juez en caso de discordia. Presentados los informes de los peritos, el juez pronunciará sentencia sin más trámites."

Pero esta reforma queda reducida á nada con el comentario del señor Ministro de Justicia durante la discusión, pues este artículo, según él, sólo significa que primero debe seguirse un juicio para determinar si existen ó nó perjuicios, y en seguida deben avaluarse esos perjuicios en la forma dicha.

Si esto significa el artículo, no había necesidad de agregarlo, pues es lo mismo que sucede en los negocios y pleitos civiles y comunes.

El título 15, "De la ejecución sobre minas," es una copia tex-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tual del título 18 del antiguo Código, que trata de la misma materia. Sólo existen algunas correcciones de lenguaje.

Los artículos transitorios con que concluye el Código, sólo tienen de importante el que lleva el número 162, y que dice así: "Respecto de los depósitos de carbón de piedra de las playas marítimas y el mar adyacente, se preferirá en las concesiones á los actuales explotadores que lo soliciten dentro del término de un año y para extender sus labores actuales."

Tales son las modificaciones sustanciales introducidas por el nuevo Código de Minería, que debe principiar á regir el 1.° de enero próximo.

Como la discusión de este importante proyecto se ha hecho principalmente en las comisiones de ambas Cámaras, y con poca intervención y conocimiento del público; como el *Diario Oficial* sólo ha publicado el Código con fecha 24 del actual, y ningún otro periódico lo ha reproducido, puede ser útil para el público este apresurado resumen.

Probable es que en su rápida redacción se haya incurrido en algunos errores; pero aún así, servirá siquiera para llamar la atención de los mineros sobre esta importante materia.

F. D. P.

Santiago, 27 de diciembre de 1888.

APUNTES DE UN ESTUDIO SOBRE CÓDIGO DE MINERÍA

Ha llegado á convertirse en perfecta y notoria convicción la creencia de que la ley actual de minería no satisface las exigencias de la industria, ni ampara suficientemente el derecho de propiedad minera. El mejor testimonio de ello es el incesante afán con que se viene persiguiendo la reforma del Código de Minería de 1874, casi desde su promulgación misma.

Y tan apremiante ha debido ser la sed de reforma que, no

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

obstante la dificultad con que á la larga se abrogan las leyes, y sobre todo los Códigos, el de Minería va á ser reformado, mediante el Proyecto que pende del conocimiento del Congreso, antes de quince años de existencia y aplicación.

Este anhelo invencible de la opinión, tan animosa, contra su costumbre en Chile, induce á pensar en que tienen que ser muy graves, muchas y muy poderosas las razones determinantes de una reforma tan porfiadamente perseguida; ó, en otros términos que los vacíos de la ley de 1874 deben ser grandes y notables, y que el Proyecto en discusión va á llenar esos vacíos.

Sin ánimo de estudiar cumplidamente la materia en un estrecho artículo de revista, apenas si nos proponemos formular dos preguntas que otros deben resolver con acierto y sabiduría, vaciando aquí algunos apuntes que tenemos hechos para el estudio de tan interesante cuestión, á saber:

¿Cuáles son, en último análisis, los defectos capitales del Código de 18 de noviembre de 1874? Y en seguida, ¿cuáles son, dentro del régimen legal existente, los puntos de mira á que la reforma debe sucesivamente contraerse?

Sólo en fuerza de un convencimiento arraigado por un estudio constante y una experiencia diaria, acaso sea permitido afirmar que el Código de Minería vigente flaquea:

1.° En la concepción legal y económica de lo que es y tiene que ser la propiedad minera propiamente tal;

2.° En cómo se constituye el derecho privado de dominio en ella; y

3.° Finalmente, en cuál es el modo y forma de limitar esa propiedad en la extensión.

I

¿En qué consiste la propiedad minera?

No ha definido el Código de Minería de 18 de noviembre de 1874 lo que debe entenderse por mina, no obstante que era de la más rigurosa lógica que hubiera empezado por señalar y definir el objeto á que sus disposiciones debían aplicarse.

Una vez que el Derecho positivo, privado, común, tiene por objeto salvaguardiar la propiedad privada é individual; la pro-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

piedad minera, distinta de cualquiera otra por su carácter y fisonomía especial, debe tener también una ley particular. Y no es exacto ni correcto decir con el artículo 1.º de la ley de 18 de noviembre de 1874, que ella tiene por objeto las minas de oro, plata, platino, etc.

Porque, ante todo, ¿qué es mina?

Dentro del Código y en el lenguaje acostumbrado, la palabra *mina* tiene tres acepciones diferentes. Significa, á veces, la sustancia metálica misma que puede ser objeto de la industria minera; en otros se da este nombre á los trabajos ó excavaciones realizadas por la industria; y se da igual nombre, todavía, á la extensión de sustancia metálica (ó fósil) demarcada en el terreno por la mensura de lo que se llama pertenencia. Decimos entre paréntesis, *ó fósiles*, porque también se llaman minas los yacimientos de carbón fósil.

Pero, como antes de hechos los trabajos de reconocimiento ó de labrado el pozo legal, esto es, antes de practicar excavaciones y de hacer las faenas que constituyen mina en el sentido propio de la expresión, existe el veneno ó yacimiento metálico á que la industria se aplica; y como después de hechas aquellas labores de reconocimiento, después de hecha la mina es cuando se constituye la propiedad de ésta en extension por medio de la mensura, resulta que el Código de Minería, no sólo debe reglar lo que propiamente se llama mina, sino cuanto con ella se relaciona, desde su origen hasta su constitución definitiva por la mensura.

De aquí es que, aunque á primera vista parezca una declaración ociosa ó redundante, el artículo primero del Código debería empezar diciendo: "El Código de Minería tiene por objeto reglar la propiedad minera;" porque tal es realmente el verdadero objeto de este Código, como es objeto de la ley de comercio reglar la propiedad comercial; del Código Rural, reglar la propiedad agrícola, etc.

Una vez que todo lo que es susceptible de una industria especial, es materia de una propiedad particular, el Código de Minería debe tener por objetivo esa propiedad especial, y es necesario declararlo así, no sólo para fijar el círculo en que obra, diversificándolo y distinguiéndolo de otros Códigos también es-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

peciales, pero también para no incurrir en los defectos del artículo 1.° de la ley minera de 18 de noviembre de 1874.

Tal como está redactado ese artículo 1.°, y tomada la acepción genuína de la palabra mina, deberá entenderse que no es objeto del Código la propiedad minera antes de la aplicación del trabajo industrial al yacimiento metálico, ni tampoco en el desarrollo progresivo de la industria, á no ser que se quiera sancionar la confusión de las tres acepciones mencionadas.

En efecto, dada la existencia de un filón metálico normal, de una veta de cobre, por ejemplo, esta veta ¿es una mina?— Nó, seguramente, ella no es más que un yacimiento metálico que puede llegar á ser mina y puede no alcanzar á serlo; y sin embargo, es un objeto de propiedad minera, puede ser materia de una industria.

Y bien, si cuando el recordado artículo 1.° dice: "Son objeto del presente Código las *minas* de oro, plata, platino, cobre", etc., se quiere significar que mina es la propiedad minera como objeto de un dominio, se incurre, cuando menos, en una impropiedad de lenguaje, ó se da á la palabra mina una significación técnica innecesaria, más general y compleja que la que ella tiene naturalmente. Se comprende que se dé á una expresión un sentido jurídico propio para adaptarla á traducir una idea más simple y concreta; pero no se explica que se la haga técnica ó jurídica para darle un significado más general y complejo que el que tiene de suyo.

La nomenclatura del artículo 1.° tiene todavía otro inconveniente, cual es el de hacer una enumeración ocasionada á errores ú omisiones, precisamente porque no es la enunciación genérica, como debe serlo, de las materias á que la industria minera se aplica; no importa tampoco abarcar la *propiedad minera*, rigurosamente tal, que es el verdadero objeto del Código de Minería.

La mejor prueba de ello es que el Código parece haber adoptado la división tripartita de la propiedad minera, haciendo una categoría de las sustancias estrictamente metálicas, oro, plata, cobre, etc., y poniendo empeño en enumerar todos los metales conocidos; otra de las sustancias fósiles con caracteres mineralógicos que lo acercan á los de la primera clase; y todavía una

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tercera de las arcillas, cales y sus similares, división establecida ostensiblemente con el propósito de asignar distinto origen á cada cual de estos grupos y de vincular de diverso modo el derecho de propiedad privada en cada una de ellas.

Así, las sustancias metálicas de la primera clase son, según el Código de Minería (en esto perfectamente conforme con el artículo 591 del Código Civil) bienes raíces del Estado que la ley concede á los particulares para explotar en condiciones determinadas. Mas, en tratándose de la segunda clase, sustancias fósiles, el Código de 1874 se separa del artículo 591 del Código Civil, declarando (parte 2.ª del artículo 1.º) que la explotación *del carbón y demás fósiles* cede al dueño del suelo. En cuanto á las sustancias de la tercera clase, la ley actual de minas distingue entre las que se encuentran en terrenos eriales del Estado ó de las Municipalidades y las *arenas auríferas, estaníferas ó cualesquiera otras producciones de los ríos y placeres*, para hacer las primeras *res nullius* con limitación, y las segundas libremente ocupables.

Empero, ¿cuál es la razón científica y filosófica de estas clasificaciones? Para entrar en su examen será menester insistir en precisar la idea que envuelve la palabra mina, procurando demostrar que este vocablo debe ser reemplazado en la ley por las expresiones *propiedad minera*, que traducen exactamente, quizás, el verdadero objetivo del Código de Minería.

Se ha insinuado arriba que no es natural ni correcto llamar mina al filón ó yacimiento metálico que es materia de la industria minera; y que tampoco es dable llamar mina á la propiedad minera demarcada por la mensura y constituída definitivamente en extensión, con todo lo que á este bien raíz accede para componer un bien inmobiliario.

Efectivamente, la industria minera, como cualquiera otra, para ser económicamente tal, supone dos elementos principales, uno subjetivo, el trabajo humano elevado á la categoría de arte industrial; y otro puramente objetivo, la materia útil y apropiable, que es susceptible de convertirse en riqueza por medio del trabajo á ella aplicable.

En la clasificación más corriente que se hace de las industrias, hay una categoría en que se comprenden las que se llaman in-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dustrias estractivas, como las hay agrícolas, y como las hay fabriles, etc.

El trabajo, como fundamento y germen del arte industrial, es el elemento subjetivo común á todas las industrias conocidas ó imaginables, y, á este respecto, ellas convienen entre sí y son similares unas con otras; pero difieren en cuanto al objetivo peculiar á cada cual de ellas, á la materia á que respectivamente se aplica el trabajo, por sí sólo, ya elemental, ó ayudado del arte.

El agricultor contrae su esfuerzo humano, su trabajo, á la tierra, para utilizar las fuerzas químicas que á ella le son propias y las fuerzas vitales de los gérmenes que alimenta; y ayudado el hombre en su esfuerzo mecánico por el agente tierra, se ve producirse, crecer y madurar el trigo.

El minero, á su vez, dedica sus fuerzas mecánicas subjetivas á extraer las sustancias que las fuerzas físicas de la naturaleza ha agrupado en un lugar ó ha acarreado á un punto cualquiera, y que existen adheridas al suelo, ó en estado libre.

Á diferencia del agricultor, el minero encuentra útil desde el primer momento la materia á que su trabajo se aplica; encuentra desde luego la materia apropiable; le basta sólo extraerla, sin tener que esperar que crezca y se produzca.

Como se ve, el minero y el agricultor aplican su trabajo á la materia, pero de un modo distinto y persiguen casos diversos. Uno produce; otro estrae: uno hace engendrar la utilidad de la materia que obtiene; el otro la estrae ya formada y de una utilidad, por decirlo así, inmediata.

Se sabe que toda materia útil ó utilizable es una propiedad de quienquiera que ejerce sobre ella el derecho de dominio.

Cuando un agricultor limita su trabajo á surcar la tierra, enterrar el grano, segarlo ó cosechar, no debe esperar que sus faenas le produzcan las riquezas oro ó plata; ni el minero que cava la tierra con un fin determinado, cosechará seguramente trigo.

Es fuera de duda, entonces, que tanto el arte industrial agrícola como el arte industrial minero, aunque se dedican á una misma cosa, el suelo, y aunque emplean el mismo agente, el trabajo, no persiguen la misma clase de riqueza, ni podrán obtener igual clase de propiedad. Para dos distintas industrias

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tenemos dos especies de riquezas; y, por consiguiente, tiene que haber dos regímenes de propiedad. En consecuencia, una vez que el arte industrial minero se contrae á arrancar de la tierra las sustancias útiles que ella contiene ó entraña, se hace un trabajo de estracción de una riqueza existente; y por el contrario, cuando el arte industrial se aplica á obtener la riqueza por obra de un desarrollo de fuerzas creadoras, hace obra de producción.

Sentadas estas premisas, que son el A B C de la ciencia económica, es de preguntarse: cuando uno ó muchos operarios se ocupan de arrancar al suelo colpas de carbón fósil por medio de excavaciones más ó menos laboriosas y profundas, ¿hacen ó nó un trabajo industrial de estracción? Y en seguida: cuando uno ó muchos operarios practican excavaciones para obtener de una calera trozos de carbonato de cal, ¿hacen ó nó un trabajo también industrial de estracción de esas sustancias? Y una vez más: cuando uno ó muchos operarios, con el lavado en pequeño ó en grandes establecimientos hidráulicos, expurgan la tierra para quitarles las partículas de oro, por ejemplo, que ella contiene, esos operarios ¿hacen ó nó industria de estracción? Luego esta clase de operaciones estractivas que constituyen verdaderamente la industria minera, no sólo tienen por objeto convertir en riquezas útiles y apropiables, en propiedad minera, únicamente los yacimientos metálicos de oro, plata, platino, cobre, etc., sino también cualesquiera otras sustancias de análogo origen y naturaleza, que pertenecen todas al reino inanimado, á la categoría de los minerales, como son los fósiles y las sustancias calizas y arcillosas. Y luego también, todas estas sustancias que tienen tan íntima analogía por su origen y por su índole propia, tienen que ser objeto de un régimen de propiedad que les sea también común, transmisibles de idéntico modo, sujetas á una misma ley.

Convengamos en que toda vez que el arte industrial se aplica á la estracción de sustancias metálicas propiamente dichas, ó fósiles ó calizas, pero todas de naturaleza inorgánica, arrancándolas á las entrañas de la tierra ó sólo separándolas de la superficie del suelo, se ejercita una industria extractiva y se persigue un género determinado de riquezas de la más perfecta

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

homogeneidad, como son el oro, el cobre, el carbón, el bórax. Si las materias á que la industria minera se aplica, son congéneres, tanto en razón de su naturaleza inorgánica como de su estructura; y si, además, es un mismo arte industrial el que se emplea para hacerlas riquezas comerciables ó vincular en ellas un derecho de dominio exclusivo y diferencial de cualquier otro, es necesario llegar á la conclusión de que estas materias deben ser, todas ellas, clasificadas de una manera genérica, y decir en suma: "La propiedad minera consiste en las masas de sustancias minerales, fósiles ó similares de éstas, encerradas en el seno de la tierra ó existentes en la superficie", traduciendo así de una manera exacta la idea fundamental del artículo 591 del Código Civil, que no ha tenido razón para desconocer ó desvirtuar el Código de Minería; y consagrando también de ese modo, la noción científica, industrial y vulgar de lo que se entiende por propiedad minera como expresión propia que reemplaza á la palabra mina. Lo repetimos, nadie dice de otro modo que minas de carbón, ni entiende que las sustancias calizas ó arcillosas sean objeto de otra industria que de la industria minera.

FRUTOS OSANDÓN

(Continuará)

¿HAY ACCIÓN EJECUTIVA EN CONTRA DE TERCEROS poseedores de inmuebles afectos á hipoteca?

Tal es la cuestión que en dos ocasiones se ha presentado recientemente ante la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, y que nosotros pasamos á analizar conforme á la situación que respectivamente ha ido creando nuestra legislación sobre ese particular.

Cuando en Chile imperaban en toda su extensión las leyes de Partida, no había ni podía haber cuestión sobre que sólo procedía acción ordinaria para perseguir un inmueble hipotecado que hubiera pasado á poder de tercera persona.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En efecto, la ley 14, título 13, Partida 5.ª disponía que, en tales casos, para poderse perseguir la cosa dada en empeño, debía demandarse al deudor; y si éste la hubiera enajenado y se dirigiera la demanda en contra del actual poseedor, éste tenía derecho para alegar el beneficio de excusión, á fin de que se persiguiera primero la deuda en los bienes del deudor personal.

Ante tal precepto legal, fácilmente se comprende que, en el caso contemplado, sólo procedía la vía ordinaria.

Pero el 8 de febrero de 1837 se promulgó el decreto, con fuerza de ley, sobre procedimiento ejecutivo, y en el número 4.º de su artículo 2.º, se consignó que, entre otros, traía aparejada ejecución el instrumento público ó auténtico.

Esta ley, al reglar el procedimiento ejecutivo, no hace diferencia entre acciones personales y reales; de manera que, conforme á sus términos, y no existiendo en ella distinción, debía entenderse que la escritura pública en que se consignara una obligación hipotecaria, daría derecho al acreedor para perseguir la cosa hipotecada, aunque hubiera pasado á terceras manos.

Sin embargo, como el beneficio de excusión dispuesto en la ley 14, título 13, Partida 5.ª quedó subsistente, no creemos que sólo bajo el imperio de la ley de 8 de febrero de 1837, se habría podido deducir la acción ejecutiva en contra de un tercer poseedor de un inmueble hipotecado, desde que, con ese procedimiento, se habría anulado completamente el beneficio de excusión acordado por la mencionada ley de Partida.

Años más tarde, este punto quedó definido con la promulgación del Código Civil, el cual dispone en su artículo 2,429 que "el tercer poseedor, reconvenido para el pago de la hipoteca constituída sobre la finca que después pasó á sus manos con este gravamen, no tendrá derecho para que se persiga primero á los deudores personalmente obligados."

Con esta disposición quedó derogado, pues, el beneficio de excusión otorgado por la ley 14, título 13, Partida 5.ª; y es ahora del caso determinar si, dadas las disposiciones del Código sobre hipoteca, es ó no aplicable la ley de 8 de febrero de 1837 para perseguir la acción real hipotecaria contra el tercer poseedor del inmueble afecto á ella.

Conforme á los artículos 2,426, 2,428 y 2,429 del Código Civil,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que para el caso es la ley sustantiva, la acción hipotecaria es sumaria. Y si la acción hipotecaria es sumaria y no se ha promulgado el Código de Procedimientos, es necesario aplicar las leyes anteriores de sustanciación, en conformidad á sus disposiciones.

Ahora bien, si sobre procedimiento sumario en el juicio civil no tenemos más ley general que la de 8 de febrero de 1837 y, esta ley no hace distinción entre acciones reales y personales, es, pues, inconcuso que cuando se trate de la acción de un acreedor en contra de un tercer poseedor de inmueble que le haya sido hipotecado, ella se puede instaurar por la vía ejecutiva conforme á los términos de la citada ley de 1837.

Pero se ha observado que, no siendo la hipoteca más que el derecho de prenda constituído sobre un inmueble, deben armonizarse las disposiciones de la prenda con las de la hipoteca para resolver este punto; y que, si el acreedor prendario que pierde la tenencia no tiene sino acción ordinaria para recuperarla, de la misma manera el acreedor hipotecario, cuya propiedad pasa á un tercer poseedor, no tiene sino acción ordinaria para perseguir un derecho real.

Al argumentarse así, se sufre una verdadera paralogización; porque se olvida que es de la esencia del contrato de prenda el que la cosa empeñada quede en poder del acreedor, sin cuyo requisito no hay prenda, mientras que la hipoteca se constituye y perfecciona por sólo la escritura pública inscrita en el respectivo registro, no significando nada el que después pase la propiedad á tercera persona, desde que el gravamen subsiste con su mismo valor.

Así, pues, el acreedor que pierde la tenencia de la prenda, pierde á la vez su derecho prendario, y para recuperarlo, hacerla retornar á su poder, lo que en el fondo se equipara á la acción de reivindicación, que no puede ser sino ordinaria. Y como la hipoteca no se encuentra en la misma situación legal, no hay paridad entre uno y otro caso.

Por vía de ilustración de este punto, pasamos á consignar lo que hay sobre el particular en la legislación de otros países.

En Francia, por ejemplo, el Código de Procedimiento, se remite en esta materia al Código Napoleón, y en este Código

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se determina la manera cómo puede el acreedor contra el tercero detentador hacer vender la propiedad hipotecada para pagarse de su crédito.

La ley de Procedimiento Civil promulgada en 1880 en la provincia de Buenos Aires, al hablar de los títulos ejecutivos, no hace distinción entre acciones reales y personales, trayendo, por consiguiente, aparejada ejecución unos y otros, siempre que se encuentren enumerados entre los que gozan de ese beneficio.

Sobre lo que acontece en el Perú, encontramos lo siguiente en el *Diccionario de Legislación* del señor García Calderón:

"*Hipoteca:* En caso de una deuda con hipoteca especial, aun cuando la hubiere general, si aquélla se hace ineficaz ó el ejecutante no quiere pedir que se le adjudiquen en pago los bienes embargados, ó que se le den en prenda pretoria en los casos en que puede hacerlo, según lo dicho en el juicio ejecutivo, puede perseguir á un deudor y hacerle embargar sus demás bienes, en virtud de la obligación personal que éste contrajo al celebrar el pacto en que se funda la demanda."

"La demanda contra el deudor por un crédito hipotecario, se interpone, ó en juicio ordinario, ó en juicio ejecutivo, si el instrumento trae aparejada ejecución. Es un error creer que toda acción hipotecaria es ejecutiva. La fuerza ejecutiva no depende de la hipoteca sino del instrumento en que se apoya la demanda."

En dos casos recientes de la naturaleza del que contemplamos, que se han presentado, como decimos al principio, en la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, los señores ministros Barceló, Errázuriz, Sanhueza y Flores se han pronunciado por que hay acción ejecutiva, y los señores Silva y Urrutia, en sentido contrario; es decir, por que sólo es procedente la acción ordinaria.

En cuanto á los establecimientos de crédito que se rigen por la ley de 29 de agosto de 1855, que creó la Caja de Crédito Hipotecario, hay disposición expresa sobre la manera de tramitarse sus litigios, cuya ley establece, en su artículo 22, que se resolverán breve y sumariamente las cuestiones que se suscitaren con los deudores.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La ley especial hace, pues, respecto de estos establecimientos privilegiados, que desaparezca la diversidad de apreciación que existe en el punto contemplado, cuando se le analiza sólo á la luz de la legislación general ó común.

CARLOS RIVERA JOFRÉ

Santiago, 22 de diciembre de 1888.

¿TIENE MÉRITO EJECUTIVO LA CONFESIÓN ficta ó presunta, esto es, la que la ley da por hecha en pena de no comparecer el demandado á prestarla?

SEÑOR DIRECTOR DE LA "REVISTA FORENSE CHILENA":

En un artículo anterior, que V. tuvo la bondad de insertar en el número 3, tomo IV, página 164, discutimos la cuestión propuesta en el número 2, tomo IV, página 97.

Pero tuvimos cuidado de agregar, para evitar equivocaciones, que "no hay aquí cuestión acerca de los requisitos de la confesión judicial para su validez, en conformidad á las leyes del título 13, Partida 3.ª y del título 9, libro 11 de la Novísima Recopilación", porque "faltando alguno de esos requisitos esenciales no puede decirse que haya confesión judicial ó que sea válida la que se hubiere hecho, ya sea verdadera, ya ficta."

Estábamos en la persuación de que esta doctrina era jurídica y aceptada por todos, sin género alguno de duda.

Pero hemos quedado un tanto sorprendidos con la lectura del artículo inserto en el número 4, tomo IV, página 236.

"En la manera de ver de su autor, es *ociosa* la aplicación de las leyes de Partida y de la Novísima Recopilación, comoquiera que el caso contemplado debe regirse *únicamente* por la ley de 8 de febrero de 1837, desde que esta ley, en su artículo 150, dispuso que "quedan *derogadas* todas las anteriores relativas al juicio ejecutivo, concurso de acreedores, cesión de bienes y esperas."

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Nosotros no participamos de esta manera de ver, y, por lo tanto, vamos á exponer nuestras razones.

La ley de 8 de febrero de 1837, sólo se propuso reformar el antiguo procedimiento, como se colige de su corto preámbulo, que dice:

"Atendiendo á que el orden de proceder que se observa en el juicio ejecutivo y sus incidencias, reclama una reforma pronta y acomodada á nuestro estado presente, que proteja la buena fe y haga efectivo el cumplimiento de los contratos, y facilite la consecución de los derechos por la brevedad con que deben expedirse los jueces...» etc.

Los artículos 2.º y 10 de esta ley de 1837, no han derogado ni podido derogar, expresa ó tácitamente, las leyes vigentes sobre confesión judicial y sus requisitos.

El artículo 2.º dice solamente:

"Traen aparejada ejecución:

"1.º La sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, etc.;

"2.º El avenimiento de las partes, etc.;

"3.º *La confesión judicial de la parte;*

"4.º El instrumento público ó auténtico;

"5.º, 6.º, 7.º y 8.º Los documentos privados reconocidos, etc.»

El artículo 10 dice solamente:

"Si se hubiere de preparar la vía ejecutiva por la confesión judicial... se hará comparecer al deudor para que responda.»

Muy lejos nosotros de creer que los artículos 2.º y 10, ú otro alguno de la ley de 1837, hayan derogado, directa ó indirectamente, las leyes de Partida y de la Novísima Recopilación sobre confesiones judiciales verdaderas ó fictas, creemos, al contrario, que las han confirmado, refiriéndose á ellas, como indispensables para la creación de la obligación por un acto ó declaración de voluntad, máxime cuando se trata de elevar tales confesiones á la categoría de títulos que traen aparejada ejecución.

Antes de pasar adelante hagamos una rápida excursión histórico-legal, que nos puede dar mucha luz.

La primera ley que estableció en España el juicio ejecutivo que nos es peculiar, fué del año 1396 (es hoy la 1.ª, tít. 28, lib. 11 de la Novísima Recopilación.) Dice así, en resumen: "Para excusar malicias de los deudores... mandamos, que los contratos pú-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

blicos y recaudos ciertos de obligaciones,... se lleven á debida ejecución por los alcaldes ante quienes se presentaren... salvo, si dentro de diez días, los dichos deudores mostraren paga ó legítima excepción por otra tal escritura, como fué el contrato de deuda, ó por albalá que haga fe, ó por *confesión* de la parte, ó por testigos, etc... y esto mismo mandamos que se guarde, pidiéndose ejecución de *sentencia* pasada en cosa juzgada.»

Otra ley del año 1534 (es la 4, tít. 28 citado), dice:

«....mandamos que de aquí adelante, los conoscimientos reconoscidos por las partes, ó *las confesiones claras* fechas ante juez competente traygan aparejada ejecución.»

Antes de esta ley las *confesiones* no producían acción ejecutiva.

Y en fin, otra ley del año 1566 (es la 12, tít. 28 citado) declaró la forma que se había de tener en las ejecuciones, mandando «que cuando se pidiere alguna ejecución, *y al juez le pareciere* que la escritura ó recaudo por que se pide debe ser ejecutada, *dé su mandamiento de ejecución* sin citar á la parte ejecutada para ello, y se haga la ejecución en bienes muebles y á falta de ellos en bienes raíces...aquéllos se pregonen por nueve días de tres en tres días, y éstos (los raíces), en veintisiete días de nueve en nueve cada pregón; y dados los dichos pregones, sea *citado* el deudor para *el remate en persona*, si pudiere ser habido, y si no, en su caso (1), haciéndolo saber á su mujer, hijos ó criados, si los tuviere, y si no, á los vecinos más cercanos; y hecha la referida *citación*, *si dentro de tres días se opusiere* y alegare excepción legítima...corran los diez días desde la oposición...y no haciendo oposición dentro de los tres días, mande el juez hacer remate y pago á la parte, dando ésta las fianzas que las leyes disponen; y haga el remate y pago, sin embargo de cualquiera apelación....»

Tal era la forma de proceder en las ejecuciones, cuando se promulgó en Chile la ley de 8 de febrero de 1837, tomada de la nueva ley española de 24 de julio de 1830 sobre el enjuiciamiento en causas de comercio.

(1) Este modo de hacer *citaciones*, se observa y debe observarse en la práctica de los juicios, ya ejecutivos, ya ordinarios. La ley de 8 de febrero de 1837 no lo ha derogado, sino que lo ha dejado vigente.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Así como la ley de 1830 no derogó ni pudo derogar en España las leyes preexistentes sobre obligaciones, y entre ellas las que nacen de confesiones judiciales, verdaderas ó fictas, así su copia de 1837, no derogó ni pudo derogar en Chile las mismas leyes preexistentes sobre obligaciones y confesiones judiciales.

Concretándonos ahora á la *cuestión*, la proponemos en estos términos:

¿Cuáles son los *requisitos legales* para que la *confesión ficta* constituya título que traiga aparejada ejecución?

Conjeturamos que ésta sería la cuestión que intentó someter á discusión (pero que no especificó) su ilustrado colaborador en el artículo inserto en el número 2, tomo 4, página 97 de la REVISTA FORENSE CHILENA.

¿Será también la misma cuestión que otro de sus colaboradores ha intentado resolver, pero que no ha resuelto, en el artículo inserto en el número 4, tomo 4, página 236 de la REVISTA FORENSE CHILENA?

Quizá, pero no lo sabemos de cierto.

Comoquiera que sea, las ideas manifestadas por el señor Venegas nos parecen incompletas, y por eso hemos creído del caso escribir este segundo artículo, para completarlas.

Es preciso reconocer que el enjuiciamiento presenta graves, delicadas y difíciles cuestiones, que, si no son bien resueltas, corre peligro el éxito final de la causa.

Se necesitan prolijos estudios, mucha dedicación.

Por eso nos produjo asombro la medida de nuestra docta Universidad del año 1864 de reducir á *un año* el curso de Práctica forense, que antes se hacía en *dos años*.

Los jueces que no tienen versación en la tramitación de los juicios, no pueden dirigir bien la discusión en las causas, y se envuelven en atolladeros sin salida posible, hasta que el superior en apelación corta el nudo que no puede desatarse.

Así se ocasionan á las partes demoras muy perjudiciales, recrecen las costas y las vejaciones, redundando todo esto en descrédito de la recta y pronta administración de justicia.

FÓRMULA.—Principiaremos por la fórmula del libelo para pedir confesión judicial, á fin de preparar la vía ejecutiva (art. 10 de la ley citada).

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Más propiamente, diremos que vamos á indicar los requisitos del escrito, para analizarlos en seguida, y fijar la atención sobre los requisitos especiales de la *confesión ficta*, que es el objeto de estos apuntes.

"N. pretenso acreedor, presenta escrito al juez competente para que se haga comparecer al presunto deudor M., á fin de que bajo juramento confiese como es cierto que le debe, verbigracia, $ 500 que le prestó en tal día, mes, año y lugar; y, al efecto, el juez ó tribunal se sirva mandarlo citar, señalándole en su decreto, día y hora para la comparecencia con el objeto expresado, *bajo apercibimiento legal*", etc.

Antes de ocuparnos en el análisis de la fórmula, debemos declarar, que no tomamos en cuenta los casos especiales en que la confesión judicial verdadera ó ficta, sería inútil, verbigracia, si no hay acción como en los esponsales (art. 99 del Código Civil), ó en las obligaciones meramente naturales (art. 1,470 del Código Civil), en juegos y apuestas (art. 2,360 del Código Civil); ó verbigracia, si la persona demandada es incapaz de obligarse por sí misma (arts. 1,445 y 1,447 del Código Civil), ó verbigracia, si aún siendo capaz de obligarse, su confesión no haría prueba en ciertas materias (arts. 157 y 2,485 del Código Civil); ó verbigracia, si la confesión sería del todo impotente para crear una obligación reclamable por aquella persona á cuyo favor se hiciere (arts. 1,138 y 1,739 del Código Civil); ó por recaer sobre un acto ó contrato nulos absolutamente en consideración á su naturaleza y no á la calidad ó estado de las personas que los ejecutan ó acuerdan (arts. 1,681 y 1,801 del Código Civil, etc.)

ANÁLISIS DE LA FÓRMULA.—Desde luego, el juez experto advertirá que la presunción de la ley está en contra del pretenso acreedor que, pudiendo y debiendo haberse conformado á lo prevenido en el artículo 1,709 del Código Civil, no lo hizo.

La ley exige que consten por escrito los actos ó contratos que contienen la entrega ó promesa de una cosa que valga mas de doscientos pesos.

Los Legisladores se propusieron, no sólo desechar como sospechosa la prueba testimonial, sino también un grande objeto de utilidad pública, como es disminuír en lo posible los pleitos y los procesos, con los que se perturba la tranquilidad de las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

familias y se da margen á gastos ruinosos y vejaciones odiosas.

Así, el juez, muy lejos de ser fácil, debe ser contenido en la admisión de semejante medio de preparar la vía ejecutiva.

§ 1.—*N. pretenso acreedor,* etc. ¿Es persona hábil para estar en juicio? ¿Es mujer casada sin autorización marital? ¿Es hijo de familia, no emancipado? ¿Es menor de veinticinco años? (Ley 11, tít. 2, Part. 3). ¿Está bajo tutela ó curaduría ó interdicción? ¿Es representante legal? (art. 43 del Código Civil.) ¿Es mandatario ó procurador del dueño del pleito? (tít. 22, libro 4 del Código Civil), ó es heredero que asume la representación del difunto? (art. 1,097 del Código Civil), ó es cesionario de créditos personales, de derechos de herencia ó de derechos litigiosos? (arts. 1,901 y 1,914 del Código Civil), ó un subrogado en los derechos del acreedor? (arts. 1,608 y 1,613 del Código Civil), ó socio administrador ó gerente de una sociedad colectiva? (art. 2,679 del Código Civil), etc., etc.

§ 2.—*Presenta su escrito al juez competente,* ó como dice el artículo 10 citado, *se pedirá por escrito ante el mismo juez,* y aunque no agrega el calificativo de *competente,* es indudable que ese es el juez de que habla dicho artículo 10; y así lo expresó la ley 4, título 28, libro 11 de la Novísima Recopilación.

La competencia se determina por el domicilio del demandado (arts. 59-73 del Código Civil), ó materia cuestionada ó calidad de ciertas personas (arts. 37, 67, y 212-246 de la Ley de 15 de octubre de 1875.)

El punto de competencia jurisdiccional es grave, porque el número 1.° del artículo 2 de la ley de nulidades, dice "que hay nulidad, si el juez hubiere conocido con manifiesta incompetencia". *Non est major defectus quam defectus potestatis.*

§ 3.—*Para que se haga comparecer al presunto deudor M.*—Las mismas observaciones que hemos hecho en el § 1 respecto al pretenso acreedor, son aquí aplicables.

Es preciso que tenga capacidad *standi in judicio.*

De otro modo, todo lo obrado sería radicalmente nulo.

§ 4.—*Á fin de que bajo juramento, etc.*—No exige el artículo 10 formalidad del juramento, y sin embargo, nadie ha sostenido, que sepamos, que está derogada y debe omitirse en la práctica.

Al contrario, se ha observado el juramento previo para la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

confesión en causa civil, en cumplimiento de las leyes del título 13, Partida 3, y del título 9, libro 11 de la Novísima Recopilación.

Sería preciso para omitirlo, que la disposición expresa de una ley prevenga otra cosa, verbigracia, en los casos de los artículos 1,995 y 2,217 del Código Civil, ú otros que no recordamos en estos momentos, en los cuales sólo se exige la palabra del interrogado para hacer prueba.

§ 5.—*Confiese cómo es cierto que le debe 500 pesos que le prestó, etc.*—Esta pregunta se llama *posición.*

Como es relativa á un hecho personal de la misma parte, debe ésta confesarla ó negarla, so pena de darla por confesa en ella. (Leyes del tít. 13, Part. 3, y del tít. 9, lib. 11 de la Novísima Recopilación, y art. 1,713 del Código Civil.)

Si lo negare, no podrá despacharse la ejecución (art. 11 de la ley de 8 de febrero de 1837). No hay título ejecutivo en tal caso. Es preciso que el pretenso acreedor exprese la causa de la obligación, como en la fórmula indicada.

No podría crearse una obligación válida, sin causa lícita y verdadera, ó sin objeto lícito (arts. 1,462, 1,466, 1,467, 1,468 y 1,469 del Código Civil.)

§ 6.—*Mandarlo citar bajo apercibimiento legal.*—Esta es la cuestión.

No sería apercibimiento legal aquel que decretare el juez, de tener por confeso á la parte citada á la *primera rebeldía*, como algunos lo creen.

El *apercibimiento legal* es el señalado en la ley 1.ª, título 9, libro 11 de la Novísima Recopilación, que tiene por epígrafe "*Respuestas* que ha de dar una parte á las posiciones de la otra y *pena de la que fuere rebelde*".

El texto de la ley especial es éste:

"Que si el juez mandare á alguna de las partes que responda á las posiciones *una, dos* y *tres veees*, y no teniendo razón legítima (1) no quisiere responder ó por contumacia se ausen-

(1) Verbigracia, si la pregunta fuere capciosa, oscura, deshonesta, etc. Ley 2, título 13, Part. 3.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tare (1) que *sea habido por confeso*, y así lo *pronuncie* luego el juez, por *sentencia*.»

Los comentadores españoles entienden esta ley literalmente y sostienen que es la que prevalece y debe aplicarse en los casos á que se refiere, de contumacia ó rebeldía.

Acevedo, en sus comentarios (ley 1.ª tít. 7, lib. 5 R. que corresponde á la 1.ª transcrita de la Novísima Recopilación), dando la razón de la disposición legal, dice: «que, de esta pena de rebelde se sigue gran perjuicio á la parte, *ideo ter citandus est*; y éste fué el motivo de la ley y del requisito de las tres primeras citaciones.

Montalvo, comentador del Fuero Real, en la ley 5.ª, título 3, libro 2, dice: «el aplazado» *intellige per tres citationes, ut foro novo legis, requiritur quod liqueat judici, de contumata rei et quod super ea pronuncietur, dicendo, visis citationibus*, etc.

Pérez, en sus comentarios á las Ordenanzas Reales, sostiene la misma doctrina: «si la ley manda que el rebelde sea habido por confeso, después de tres citaciones, *y así lo pronuncie luego el juez por sentencia*, se sigue: que es necesario citar al reo para dar la sentencia en rebeldía, *quia citatio est defensio et sic tolli non potest judex, etiamsi in sententia declaratoria*.» (Ley 4, título 4, y Ley 1, tít. 9, lib. 3.)

Si se nos observara que esos autores son antiguos y no deben ser atendidos, contestaríamos que esa circunstancia da más peso á sus comentarios acerca de la inteligencia de esa ley especial (Ley 1, tít. 9, lib. 11, Novísima Recopilación), que no ha derogado ninguna posterior, ni española, ni chilena.

Otros autores contemporáneos regnícolas, no cesan de repetir que, en ese caso especial *la pena de rebeldía* no puede pronunciarse sin que preceda *trina citatio*, pues suelen presentarse numerosos inconvenientes en la práctica, como se ve por las leyes (8, 9, 11 y otras del tít. 7, Part. 3) que traen las legítimas excusas de los que, citados, no han podido comparecer á las primeras citaciones.

(1) Si el que ha de ser citado, se oculta ó huye (*latitat vel discurrit*) basta la citación en la casa (Ley 3, tít. 7, Part. 3, y Ley 12, tít. 28, lib. 11 de la Novísima Recopilación, leyes que no están derogadas, ni pueden estarlo).

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

JURISPRUDENCIA PATRIA.—Pero, si no se admite la opinión de los antiguos comentadores españoles, no se rehusará la inteligencia jurídica de la ley por nuestros Tribunales de justicia, salvo que la presunción domine en nuestros ánimos.

Hé aquí el caso práctico:

En juicio seguido en Concepción en 1853, el juez de letras, "teniendo en consideración que, según la diligencia del receptor, se resiste N. á absolver las posiciones puestas por su contendor, se le declara por *confeso* en las enunciadas posiciones", etc.

La Corte Suprema, en segunda instancia, en 16 de enero de 1854: "Vistos: se revoca la providencia apelada y se declara, que no habiendo sido *citado* N. por *tres veces* para que absolviese las posiciones, (que se acompañaron al escrito de f. 1) *como lo previene la ley* 1.ª, título 9.º, libro 11 de la Novísima Recopilación, *no há lugar por ahora á que se le tenga por confeso.* Devuélvanse... "(*Gaceta de los Tribunales*, núm. 598, sent. 5,974.)

Ahora conviene preguntar ¿en dónde está la ley dictada en Chile, que haya derogado expresa ó tácitamente esa ley especial recopilada sobre la *trina citación* á la parte, para declararla incursa en la pena de ser tenida por *confesa* en las posiciones?

En ninguna parte que sepamos.

Por eso nos sorprende aquello de que "según el autor citado, es legal el apercibimiento que se pide de darse por *confesada la deuda*, si el deudor no comparece á prestar la confesión." (Artículo inserto en la pág. 236, núm. 4, tomo IV, REVISTA FORENSE CHILENA.)

No queremos dejar de la mano esta materia, sin prevenir las salidas ó soluciones de la ciega rutina.

PRIMERA.—Que la ley 1.ª, título 9.º, libro 11 de la Novísima Recopilación sobre la trina citación de la parte para incurrir en la pena de rebelde, no está en uso, y esta salida ó solución se halla formulada así:

"Esta es también la práctica que hemos visto observar siempre sobre la materia." (Pág. 237 del artículo citado.)

No hay práctica que sea legal contra ley expresa: será abuso, exceso de poder y nada más.

La ley 11, título 3.º, libro 3.º de la Novísima Recopilación,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dispone que, "todas las leyes que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso" (1).

Esta ley, que no es otra cosa que una regla de legislación general, se encuentra en perfecta armonía con los artículos 52 y 53 del Código Civil sobre la derogación expresa ó tácita de las leyes. (Véase dictamen del fiscal de la Corte Suprema de 20 de febrero de 1837, inserto en el *Boletín*, núm. 7, lib. 7.)

SEGUNDA.—"Que la ley 1.ª, título 9.º, libro 11 de la Novísima Recopilación, fué derogada por la ley 2.ª del mismo título y libro."

Esta salida ó solución es de alguien que no ha hecho estudios serios sino superficiales sobre leyes.

Esa ley 2.ª es del año 1501 y, según el profesor Pérez, comentador de las ordenanzas reales españolas, no es derogatoria de la ley 1.ª del año 1387, porque habla solamente de las cancillerías reales, y la razón de su disposición es porque cuando á ellas se devuelven las causas por apelación, y las partes ya están citadas ante el juez *a quo*, no es necesario repetir por tres veces la citación en segunda instancia.

Y en su comentario á la ley de los asentamientos ó embargos en rebeldía, dice *tres citaciones* requiere la ley para constituír la contumacia.

La ley 1, título 9, libro 11 de la Novísima Recopilación es especial en materia de pena del rebelde, y la ley 2 del Código no es derogatoria de aquélla, puesto que provee á caso diferente, y en cierto estado de la causa, esto es, en apelación ante las Cancillerías Reales.

Aunque nada valieran estas razones de autores españoles, deben valer las que tuvo la Corte Suprema en su sentencia de 16 de enero de 1854 arriba transcrita, que acabamos de ver y que nosotros reputamos como jurídica, esto es, conforme á derecho y razón.

TERCERA.—"Que el auto acordado de la Corte Suprema

(1) "La costumbre no constituye derecho," etc. (Art. 2.º del Código Civil.)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de 27 de abril de 1848, ha de mirarse como derogatorio de la ley 1, título 9, libro 11 de la Novísima Recopilación sobre las *tres previas citaciones*, para constituír la rebeldía de la parte llamada *á confesar.*»

Esta salida ó solución es tan inadmisible como las dos anteaiores.

Lo que se propuso abolir y abolió el auto acordado de 1848 fué la corruptela de acusar tres rebeldías, en cada trámite del juicio; lo que ocasionaba demoras y costas abrumadoras, con grave detrimento del interés público y desprestigio de los magistrados.

Pero no se propuso derogar, ni pudo derogar una ley especial como la ley 1.ª, título 9, libro 11 de la Novísima Recopilación, relativa á la *confesión de parte* en juicio.

Cabalmente, el juez letrado de Concepción fundó su sentencia de 1853, arriba citada, en ese mismo auto acordado de 1848, y sin embargo, la Corte Suprema revocó la sentencia; porque sabía que su auto acordado no era derogatorio de esa ley especial, y por lo tanto, no era aplicable al caso de la pena del rebelde que no comparecía á responder á las posiciones de la otra parte.

Pero concluyamos.

El presunto deudor ha sido citado tres veces en forma legal y según la ley 1, título 9, libro 11 de la Novísima Recopilación.

De aquí nace la presunción de que, si no ha comparecido, es porque no ha querido hacerlo, y está resuelto á sufrir la pena del rebelde, esto es, á que se le tenga por confeso en las posiciones. Esta confesión *in casu ficto* es tan eficaz como la verdadera *in casu vero*, para constituír el título que, según la ley, trae aparejada ejecución.

No conocemos, ó mejor dicho, no recordamos en este momento, otro caso de excepción á la ley 1, título 9, libro 11 de la Novísima Recopilación, sino el de los artículos 282 y 283 del Código Civil.

Pero se advierte el tino y prudencia de nuestros Legisladores, al rodear ese acto de requisitos para que el *citado* sea mirado como *confeso* en la materia.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El que desobedece al mandato judicial sabe de antemano que su no comparecencia á declarar sobre el hecho, se tendrá como una confesión tácita ó presunta, y así no puede quejarse de que se le condene en rebeldía. Pero tendrá siempre razón para agraviarse, si el juez por precipitación ú otro motivo ha suprimido los requisitos legales, la trina citación.

B. A. VILA

UNA INNOVACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Aunque no participamos de la opinión que tiene al recentísimo Código Civil de España por el acontecimiento legislativo más notable después de la promulgación de las Siete Partidas, creemos, sin embargo, que en más de una materia ha adelantado notablemente á la mayoría de los Códigos vigentes y realizado progresos, que en muchas naciones son aún solamente el *desideratum* de algunos publicistas ó jurisconsultos.

Hállase entre los últimos, sin duda, el reconocimiento de la personalidad colectiva ó moral, que tiene origen independiente del Estado y deriva su capacidad de los estatutos ó de las reglas de su institución; porque, como decía el eminente jurisconsulto y estadista don Francisco Silvela (1), «la progresión científica se determina y revela en el Derecho Civil, con mayor claridad y precisión aún que en los demás órdenes jurídicos, por el reconocimiento efectivo en el orden legal de la personalidad humana, y por la sanción y garantía para todos sus desenvolvimientos y manifestaciones. En lo cual proceden las costumbres jurídicas y los Códigos en cada pueblo, por el propio método á que se ajustan en sus progresos la naturaleza y el arte, caminando de lo homogéneo á lo heterogéneo, de la noción sencilla á la compleja, y de la mera afirmación á las elaboraciones

(1) En su magistral discurso sobre *los principios capitales á que deben ajustarse en la codificación civil la vida y modo de ser de las personas morales*, leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, el 5 de junio de 1887.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de organismos, que desenvolviendo la idea primitiva extienden su acción é influencia á diversos órdenes de la vida y la sociedad.»

El Código Civil Español, no obstante alguna deficiencia ó falta de propiedad en la expresión científica, que ya nos hacía notar en carta particular nuestro bondadoso amigo el señor Silvela, ha acogido ampliamente los principios que éste proclamaba y las conclusiones concretas á que llegaba en aquel discurso, aceptándolos en el articulado de los Títulos que á las personas colectivas consagra. Esas fórmulas concretas á que deben ajustarse las personalidades morales y colectivas en sus diversos órdenes de asociaciones, corporaciones y fundaciones, sus facultades y derechos para adquirir y disponer de la propiedad, para dirigir la actividad de su sér y realizar en el espacio y el tiempo los fines sociales á que la iniciativa y la personalidad individual las destina,—para valernos de las expresiones del jurisconsulto citado,—coinciden, y nos lisonjea decirlo, con las conclusiones que sustentábamos en nuestro opúsculo sobre *Las personas jurídicas de derecho privado*, y son la negación eficaz de los principios que inspiraron á nuestro Código Civil en el último Título del Libro I, en donde el Legislador, ciñéndose á la teoría del cesarismo romano, destruyó la noción fundamental de las personas colectivas, considerándolas como simples entes ficticios de creación legal, sujetos á mil trabas y fiscalizaciones en su origen, y á una enojosa intervención gubernativa en su constitución y vida orgánicas.

Á la autoridad secular de los jurisconsultos romanos del imperio y al prestigio universal que á la época de la redacción de nuestro Código Civil conservaba aún el Napoleón, atribuíamos el régimen autoritario é individualista, la organización desconfiada y represiva á que nuestras leyes vigentes someten las asociaciones y fundaciones que responden á las necesidades reales y permanentes del sér humano y satisfacen las múltiples aspiraciones del alma. No á otra causa atribuye el señor Silvela el que en las legislaciones modernas no hallen las fuerzas y riquezas intermedias entre el individuo y el Estado, fórmulas á que se acojan para constituír, con nuevos ó antiguos nombres, intereses propios, independientes de la mera burocracia administra-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tiva, ajenos al absolutismo de un poder central cuya vida, sentimientos é ideas no se transforman por la sola acción de unos cuantos nombramientos en el periódico oficial; pues observa que, de la propia manera que el Derecho Romano sirvió de arsenal á los juristas de la Edad Media para afirmar y extender la potestad real por el concepto de la ley definido en los códigos justinianeos como mera expresión de la voluntad del príncipe, así hacen servir los juristas modernos el Derecho Romano para la obra devastadora é igualitaria realizada aquí ó allá á virtud de los principios de la revolución, negando en nombre de él y con sus preceptos el fundamento esencial de las personas colectivas y reduciéndolas á meras ficciones jurídicas, que dejan tan expedito y despejado el campo para todo linaje de arbitrariedades por parte del poder público.

Y esto es la verdad. Aún sin tomar en cuenta el título XII del libro XII de la Novísima Recopilación, dirigido á reprimir todos los ayuntamientos, monipodios y reuniones cualesquiera, según los términos del decreto de 20 de enero de 1834, confirmado por real orden de 30 de julio de 1836, y del decreto de las Cortes, de 6 de diciembre de 1836, que restableció el de 8 de junio de 1813, no podían constituírse en España agremiaciones ó asociaciones gremiales de mercaderes, artesanos, trabajadores ú otras personas que tienen un mismo ejercicio; si bien se había reconocido en algunas reales órdenes, como las de 19 de diciembre de 1835 y 28 de febrero de 1839, á los artesanos el derecho de formar asociaciones cuyo instituto sea auxiliarse mútuamente en sus desgracias... ó reunir en común el producto de sus economías con el fin de ocurrir á necesidades futuras. Para estos objetos podían asociarse *libremente*, sin otras condiciones que presentar los estatutos á la autoridad civil superior de la provincia para su conocimiento y corrección, darle aviso de los directores, contadores ó tesoreros, siempre que se les nombrara ó reemplazara, y comunicarle el lugar, día y hora de cada junta general, que el jefe político podía presidir, pero sin voto.

Las demás asociaciones civiles no gozaban ni de tanta libertad en su organización. Á falta de leyes especiales ó de carácter civil, el Código Penal de 1848, reformado en 1850, trataba de ellas en el capítulo 4.º, sección 2.ª, del libro II, artículos 211

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y 212, declarando ilícita é ilegal toda asociación de más de veinte personas, cualquiera que fuere su objeto, que tuviera días previstos ó señalados para sus reuniones, y se hubiera formado sin el consentimiento de la autoridad pública; é imponiéndoles la pena de disolución, además de las personales á los jefes de la asociación y á los dueños de las casas en que se reuniere. Estaban, pues, sometidas las asociaciones en España á la ley 15, título 3, libro I del *Codex repetitæ prælectionis* y á los Códigos penales de Francia (arts. 291 á 294) y de Nápoles (arts. 305 á 312), que el comentador Pacheco acota en sus concordancias; con lo que se evidencia una vez más la exactitud con que el señor Silvela y nosotros indicábamos el Derecho Romano y el napoleónico como origen de los preceptos legales que restringen y desconocen la vida propia de uno de los organismos que más contribuyen á la prosperidad y conservación de las naciones.

Ese régimen penal para el ejercicio del derecho de asociación subsistió hasta los decretos del Gobierno provisional de fechas 1.° y 20 de noviembre de 1868, en los cuales se derogaron todas las disposiciones contrarias á ellos y señaladamente los artículos 211 y 212 del Código Penal, y se reconoció el derecho de todos los ciudadanos para constituír *libremente* asociaciones públicas, á condición de que pusiesen en conocimiento de la autoridad local el objeto de la asociación y los reglamentos ó acuerdos por que hubieren de regirse, publicasen anualmente las cuentas de su gestión, así en ingresos como en gastos, si recaudaren ó distribuyeren fondos, y avisasen á la autoridad local con veinticuatro horas de anticipación el objeto y sitio de cada una de sus reuniones. La Constitución de 1.° de junio de 1869 declaró á su turno en el artículo 17 que no podía ser privado ningún español del derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana, que no sean contrarios á la moral pública; y en el artículo 19 facultó á la autoridad gubernativa para suspender y disolver toda asociación cuyo objeto ó cuyos medios comprometan la seguridad del Estado. Así se acercó la legislación española á la chilena, y pronto se mostraron los frutos de arbitrariedad y despotismo que preceptos como el 19 de la Constitución citada, ó el artículo 559, inciso 2.° del Código Civil Chile-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no, entrañan y producen. No obstante haber las Cortes constituyentes elevado á ley en 20 de junio de 1869 los decretos del Gobierno provisional referidos, ó quizás á causa de ello, fué disuelta, entre otras, por el Gobierno la asociacion titulada *Conferencias de San Vicente de Paul*, cuyo objeto es la beneficencia domiciliaria por medio de limosnas, dándose por razón que la estimaba compromitente de la seguridad y de los intereses del Estado!...

Consecuente con aquellas leyes constitucionales, el Código Penal reformado de 1870 (arts. 198 á 201) no declaró ilícitas las asociaciones que constan de más de veinte personas y celebran sus reuniones en días señalados: pero penó en su artículo 199 á los fundadores, directores y presidentes de asociaciones que se establecieren sin conformarse á aquellas disposiciones legislativas, antes recordadas, y añadió, por la vía de la penalidad, á esos requisitos uno nuevo: el derecho de la autoridad ó de sus agentes, para entrar ó asistir á las sesiones (número 3.º del art. 199).

Tal era la situación legal de las asociaciones, en cuanto á su organización y régimen; que por lo tocante "á los derechos de adquirir de las personas colectivas y á sus procedimientos para desenvolverse en el espacio y en el tiempo, por virtud de la libertad de testar y por la creación de fundaciones como personalidades independientes, y con vida propia y con capacidad para el ejercicio de acciones," era materia esta que, según las propias expresiones del mismo eminente jurisconsulto señor Silvela, no se hallaba legislada y era enteramente incierta, llegando la imperfección de aquel estado legal á extremos tales, que los tendríamos por inverosímiles si de algún remoto y extraño país nos los refiriese algún viajero. En efecto, las disposiciones legales referentes á ese punto, eran todas prohibitivas, impregnadas de los fanatismos que animaron al combate contra el antiguo régimen, é impedían "la realización de cualquier fin benéfico, literario ó científico, que aspire á desenvolverse en el tiempo por mayor espacio de la vida de su fundador." La real orden de 24 de febrero de 1818; la ley de septiembre de 1820, que, según García Goyena, en los comentarios del artículo 608 de su Código, viene á ser el edicto francés de 1749, el cual pro-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

hibió á las *manos muertas* la adquisición de bienes inmuebles, tanto por acto entre vivos como por última voluntad; la ley desamortizadora de 1855, y el decreto del gobierno provisional de 1868;—toda esta legislación ponía en práctica los principios doctrinarios que en los días de apasionamiento y lucha hicieron que fueran "olvidadas ó proscriptas por los legisladores de la revolución europea, las manifestaciones todas de la vida colectiva en la amplitud que la personalidad humana, libremente desenvuelta, les trace." Tan arraigadas estaban aquellas preocupaciones, que en el proyecto mismo de Código Civil, revisado por la comisión *ad hoc* en 1886, se mantenía en su integridad la tradición legal romano-cesarista y francesa con que García Goyena concordaba, motivaba y comentaba los artículos 33 y 608 del proyecto de 1851, únicos referentes á las personas colectivas.

Antecedentes eran éstos que parecían deber retardar aún mucho tiempo en España la resolución científica y justa del problema jurídico de las personas morales, y que parecían sancionar la reacción doctrinaria de que García Goyena era eco al escribir que la justicia de la negación del derecho de propiedad de las personas colectivas era "materia ventilada hasta la saciedad y ya agotada." Pero no era así la verdad, y el Código Civil de España es digno de aplauso y modelo de codificación al establecer "las fórmulas-tipos de las personas morales que más ordinariamente responden á los diversos fines de la vida humana, sin perjuicio de la libertad individual para imaginar nuevas y variadas combinaciones,"—para emplear una expresión del señor Silvela, el jurisconsulto que quizás ha contribuído más á la realización de estas innovaciones felicísimas.

Á las personas jurídicas consagra el libro I del recentísimo Código Civil Español el capítulo II del título II, intitulado *Del nacimiento y la extinción de la personalidad civil*, y desde la colocación misma de la materia se advierte que para el Legislador español la personalidad moral ó colectiva no es, como para el chileno, una mera creación del Estado y una pura ficción legal, sino por el contrario, "el reconocimiento y la declaración, según expresa el señor Silvela, que hacen las leyes positivas de una extensión de la personalidad humana, capaz de alcanzar por sí misma ó por sus derivaciones naturales otros fines diver-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sos de los que son propios de la esfera meramente individual.» Aparte, pues, de la afirmación de su existencia y de las facilidades para el reconocimiento de su creación y de su vida, conforme á la amplia base del registro y publicidad que el señor Silvela indicaba, de acuerdo con distinguidos representantes de las más opuestas escuelas jurídicas ó políticas de España, y que nosotros defendíamos en nuestro opúsculo recordado al principio, el Código Civil de España determina en su artículo 37 que la capacidad civil de las corporaciones de interés público se regulará por las leyes que las hayan creado ó reconocido; la de las asociaciones de interés particular, por sus estatutos; y la de las fundaciones, por las reglas de su institución; y declara en el artículo 38 que las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles ó criminales, conforme á las leyes y reglas de su constitución. Disposición la última que se completa con la del artículo 39, según la cual, disuelta ó cesante una corporación, asociación ó fundación, se dará á sus bienes la aplicación que las leyes, ó los estatutos, ó las cláusulas fundacionales les hubiesen en esta previsión asignado, y si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes á la realización de fines análogos en interés de la región, provincia ó municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas.

¡Cuánto contrasta esta liberal y científica legislación con nuestro sistema reglamentario, restrictivo y desconocedor de esos naturales desenvolvimientos de la actividad humana! Allí no nace la personalidad civil colectiva por virtud de una aprobación del Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Estado, como en nuestro Código Civil (arts. 546, 548 y 562), ni su capacidad de adquirir y poseer está subordinada á permisos especiales de la Legislatura (arts. 556 y 557 del Código Civil Chileno), ni su extinción ó cesación depende de autoridad política alguna (arts. 559 y 560 del Código Civil), la cual tampoco interviene en la disposición de sus propiedades, ni las adquiere por aquel evento (art. 561 del Código Civil). ¿Hasta cuándo permanecerá nuestra legislación sobre las personas colectivas estrecha en ese molde añejo, de que la asociación civil

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

es una mera creación legal, la cual teoría, en opinión del jurisconsulto belga Vautier, sólo ofrecerá dentro de poco un interés meramente histórico?

Sea lo que fuere, la exactitud de la observación de Paul Leroy Beaulieu, en sus últimos estudios sobre *El Estado moderno y sus funciones*, acerca de que los Gobiernos de España, Portugal é Italia buscan, desde 1870, en Alemania sus inspiraciones legislativas, es un hecho comprobado por nosotros en nuestro opúsculo sobre *Las personas jurídicas de derecho privado*, que todos los Códigos dictados después de esa fecha, ya generales, como el *Código Federal* suizo *de las obligaciones*, ya especiales, como los *Códigos de Comercio* de Bélgica, Hungría, Italia y España, y asimismo las leyes particulares de Islandia, Brasil é Inglaterra, han libertado la formación de las asociaciones de interés particular de toda autorización y reglamentación administrativas, y adoptado las fórmulas que ha sancionado una vez más el novísimo Código Civil de España.

Ejemplos son esos, y especialmente el último, que justifican sobradamente la conclusión á que llegaba el señor Silvela en el discurso tantas veces mencionado, y que nosotros repetimos al terminar estos apuntes, á saber: que la verdad de la capacidad jurídica de las personalidades colectivas «dejó de ser patrimonio exclusivo de una escuela, y de significar, por tanto, el predominio forzado de una minoría, ó el capricho y la convicción personal de un grupo de jurisconsultos, ó la reacción violenta de un partido; ha llegado, por tanto, el momento preciso de que se incorpore en la vida de nuestro Derecho civil; pues tan erróneo y funesto como es en estas materias idear formas y soluciones nuevas, es sin duda alguna, no recoger y traducir en la ley con exactitud las que lentamente vayan elaborándose en la conciencia pública.»

JUAN DE DIOS VERGARA SALVÁ

Santiago, 15 de diciembre de 1888.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

¿TIENE MÉRITO EJECUTIVO EL DOCUMENTO OTORGADO EN PAPEL INCOMPETENTE? — Con frecuencia vemos que cuando para preparar la vía ejecutiva se presenta á la justicia ordinaria algún documento privado que no lleva las estampillas que por ley le corresponden, el juez niega lugar á las diligencias preparatorias del reconocimiento de firma ó el mandamiento de embargo, fundado en que, por la causal expresada, ese documento no tiene mérito ejecutivo.

Esta práctica se apoya en la disposición contenida en el artículo 8.º de la ley de papel sellado de 1.º de septiembre de 1874, conforme con lo que establecía el artículo 1.º de la ley de 19 de noviembre de 1842, interpretativa, á su vez, de la de 11 de octubre de 1824 y supremo decreto de 16 de julio de 1827.

Dice el artículo 8.º de la ley de 1.º de septiembre: "El documento que no se otorgue en papel sellado competente, *no tendrá en ningún caso mérito ejecutivo*, y para ser presentado *para otros efectos* ante la justicia ú otra autoridad pública, deberá pagar el veinte veces tanto del impuesto correspondiente."

Nada tenemos que observar sobre la materia durante la vigencia de esta ley. Consigna con toda claridad una sanción, privando de mérito ejecutivo á los documentos en que no se haya pagado el impuesto que ella establece, y los Tribunales de justicia no podían hacer otra cosa que obedecer y hacer cumplir fielmente sus prescripciones.

Pero no pensamos de la misma manera después de la promulgación de la ley de 15 de enero de 1878, cuyo artículo 1.º dispone que el documento que se otorgare sin haberse pagado el impuesto establecido por la ley de 1.º de septiembre de 1874, *quedará sujeto* á la multa de cinco por ciento sobre el valor de la obligación por que se adeuda ese impuesto, en los casos en que éste sea proporcional; y cincuenta veces la contribución, si fuere de cantidad determinada.

Nada se dice aquí del mérito ejecutivo del documento, y para

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

resolver la cuestión que nos hemos propuesto, bastará averiguar si el artículo 1.º de la ley de 78 derogó ó nó en todas sus partes el 8.º de la de 74.

Según la interpretación que en la práctica de los juzgados se da al primero, parece fuera de duda, que se entiende que sólo ha derogado al segundo en lo relativo á la multa con que debe penarse el documento otorgado en papel incompetente, dejándole en vigor en cuanto á lo que se dice del mérito ejecutivo.

La misma doctrina se enseña en los cursos de Derecho de nuestra Universidad, y á este respecto el PRONTUARIO del señor Lira, en las ediciones de 82 y 86, al tratar de ciertas diligencias preparatorias del juicio ejecutivo propiamente dicho, dice que, reconocida la firma de un documento privado, trae aparejada ejecucion "el título otorgado *en papel competente* que no tenga diez años de fecha contados desde el día en que la obligación se hizo exigible." Con esto quiere significarse, á nuestro juicio, que el otorgado en papel *incompetente*, es decir, aquel que no lleva las estampillas necesarias, no es ejecutivo.

Esta misma teoría hemos visto sentada, aunque incidentalmente, en un interesante trabajo publicado por el señor Valdés Vergara, en el número 2.º, tomo IV de la REVISTA FORENSE CHILENA, acerca del mérito ejecutivo de la confesión ficta ó presunta, en el cual trabajo se leen los párrafos que copiamos en seguida:

"Más aún, la doctrina sancionada en el referido litigio, anula en absoluto *los efectos del vicio de origen* de los documentos que se otorgan en contravención á las leyes de papel sellado y de impuesto mobiliario. *Tales documentos no pueden tener mérito ejecutivo*, pero como ello no obsta para que se pida su reconocimiento, nada impedirá burlar las prescripciones legales que de él los privan...."

"En una palabra, á pesar de que el documento en que está consignada la obligación *no puede tener mérito ejecutivo*, es susceptible de perseguirse ejecutivamente la dicha obligación."

No obstante tan respetables opiniones, nos inclinamos á resolver, en sentido afirmativo, la cuestión que sirve de epígrafe al presente artículo. Á nuestro juicio, la ley de 1878 revocó la de 1874 en todo lo relativo á la penalidad que esta última esta-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

blecía para los documentos en que no se había pagado la contribución.

En efecto, esa penalidad, según la ley de 1874, consistía en el pago de veinte veces tanto el valor del impuesto y en privar al documento de todo mérito ejecutivo, al paso que por el artículo 1.° de la ley de 1878 se convirtió en el pago del cinco por ciento de la obligación ó el cincuenta veces tanto del impuesto, según los casos. Esta pena es infinitamente superior á la primera, ha sufrido un aumento de treinta por ciento ó más aún, y así se explica que la ley haya querido convertir en ella sola la sanción que por el no pago del impuesto antes establecía.

De otra manera, si además de tan crecida multa subsistiera la pérdida de mérito ejecutivo del documento, esa pena sería enorme y el Legislador la habría precisamente consignado al redactar el artículo 1.° de la ley de 15 de enero.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.° de esta última, quedaba derogado el mismo artículo de la de 1.° de septiembre y «las disposiciones de la misma ley contrarias á la presente.» Y es indudable que la parte relativa á la penalidad en la ley posterior debe considerarse como contraria á su equivalente en la anterior, mucho más cuando ambas penalidades se hallan consignadas en un solo artículo. Si así no fuera, se habría dicho que sólo la derogaba en una parte y que en el resto debía considerarse subsistente.

En apoyo de esta interpretación de la ley de 15 de enero, viene la historia misma de su establecimiento.

En la sesión 19.ª extraordinaria, celebrada por el Senado en 14 de enero de 1878, se despachó esa ley, y al darse lectura al artículo primero de que venimos ocupándonos, se produjo la siguiente discusión, de que da cuenta el boletín respectivo:

"El señor *Varas*.—¿Cuál es la disposición anterior?

"El *secretario*.—El artículo 8.° de la ley vigente dice así: (Lee).

"El señor *Covarrubias* (presidente).—Pero en todo caso los documentos tendrán mérito ejecutivo.

"El señor *Matte* (Ministro de Hacienda).—Entiendo que sí, señor presidente, porque debe quedar derogada la ley vigente

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en todo lo que sea contraria á la que estamos discutiendo, y en ésta nada se dice del mérito ejecutivo de los documentos.

"El señor *Reyes* (vice-presidente).—Es evidente que el mérito ejecutivo subsiste, porque sólo se derogan las penas que establece la ley vigente."

En la discusión que dejamos transcrita se dejó, pues, claramente establecido que *en todo caso los documentos tendrán mérito ejecutivo*, según las palabras del presidente de aquella Cámara y actual ministro de la Corte Suprema, señor Covarrúbias.

La jurisprudencia de los Tribunales superiores de justicia, confirma, por fin, la teoría que venimos sosteniendo.

El primer caso en que la vemos sustentada, aunque tratándose de otra cuestión diferente, es en la sentencia expedida por la Corte de Apelaciones de La Serena, con fecha 14 de abril de 1881, en juicio sobre defraudación contra el Fisco por el hecho de haberse colocado estampillas en un documento que no las tenía é inutilizándose después por el que lo presentara.

El considerando único en que la resolución de sobreseimiento se fundara, dice así: "Que el no pagarse en debida forma el impuesto de papel sellado en un documento, no importa, según las leyes de 1.° de septiembre de 1874 y 15 de enero de 1878, un delito de defraudación de dineros fiscales, sino un hecho que produce ciertos efectos civiles y *se castiga con una multa que debe perseguirse en la causa en que el documento se presenta.*"

El otro caso de que tenemos conocimiento, es de más reciente fecha y la cuestión se halla planteada y resuelta en forma que no deja lugar á dudas.

En juicio ejecutivo seguido el año último en Concepción, se opuso por el ejecutado la excepción de insuficiencia del título por cuanto el que se hacía valer no era bastante, por haberse otorgado la obligación en papel incompetente. El juez de la primera instancia la negó lugar, fundándose en que el artículo 1.° de la ley de 15 de enero de 1878, tantas veces citada, había derogado el 8.° de la de 1.° de septiembre de 1874 y que, por consiguiente, la única pena que en la actualidad existe para los documentos que no se otorguen en papel competente es la multa de cinco por ciento ó del cincuenta veces tanto de la contribución, según la naturaleza de la misma.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La Corte de Apelaciones de aquella ciudad aceptó esta doctrina al confirmar lisa y llanamente y por la unanimidad de sus cinco miembros el fallo del juez *a quo* por sentencia de 9 del pasado noviembre, que la GACETA DE LOS TRIBUNALES publica en el número correspondiente al 29 del mismo.—*Agustín Correa Bravo.*—Santiago, 5 de diciembre de 1888.

OCHENTA Y CUATRO AÑOS DE PRESIDIO.—Durante el año último se procesó en Rancagua al notario y secretario judicial del departamento de Cachapoal, don Clemente León, á virtud de la denuncia que el gobernador respectivo hiciera á la justicia ordinaria, por ciertos delitos é irregularidades cometidos por aquél en el ejercicio de sus funciones.

Instruído el sumario correspondiente, el funcionario acusado expuso que en veintisiete escrituras públicas otorgadas en su protocolo el año 1885 y en las cuales figuraba como testigo instrumental don Pedro Jofré, al año siguiente borró el nombre de éste y colocó en su lugar el de don Nicolás Cuadra, quien aparece suscribiéndola en vez del primero. Igualmente confesó haber sustituído en otra escritura el nombre del mismo Jofré por el de don Pablo Williamson, quien la suscribió con la misma posterioridad que lo hizo Cuadra.

En su defensa alega León que él hizo las sustituciones de testigos y ordenó las enmendaturas consiguientes, porque el mencionado Jofré se ausentó de Peumo sin dejar suscritas las escrituras de que se trata, y que habiendo don Pablo Williamson y don Nicolás Cuadra halládose presentes cuando aquellos instrumentos se otorgaron, creyó que no faltaba á su deber llevando á cabo los actos ya referidos.

El proceso fué fallado en 1.º de marzo del año actual y la sentencia recaída en él condena á don Clemente León á tres años y un día de presidio por cada una de las veintiocho falsificaciones de que se ha hecho mérito, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 193, inciso 2.º, y 74 del Código Penal. —Sumadas estas diferentes penas dan la cifra enorme de *ochenta y cuatro años veintiocho días de presidio.*

Cuanto á sus co-reos Williamson y Cuadra, la sentencia les asigna quinientos cuarenta y un días de presidio por cada una

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de las veintisiete falsificaciones en que intervinieron, lo que da un total de *cuarenta años seis meses.*

Tan severa resolución fué confirmada por la Corte Suprema el 30 del pasado noviembre, por tres votos contra uno, habiendo opinado el señor presidente Bernales por la absolución de los acusados, á virtud de los fundamentos que en voto especial consigna y entre los cuales se leen los que reproducimos en seguida:

"1.º Que no hay en autos otros datos para saber el modo como sucedieron los hechos que han dado origen al proceso, que las confesiones de los reos, y de ellas resulta que León tenía en su oficina de amanuense á don Pedro Jofré, el que generalmente se ponía en las escrituras como uno de los testigos instrumentales; que perseguido Jofré por sus acreedores se ausentó de Peumo á fines del año 85, sin saber su paradero, á pesar de las diligencias que hizo León para descubrir el lugar de su domicilio, y dejando sin firmar veintisiete escrituras en que él había figurado como testigo; que á fin de cerrar el protocolo de este año, y para que aparecieran las escrituras con los respectivos testigos, ocurrió León al arbitrio de sustituír el nombre de Pedro Jofré por el de otro de los escribientes que habían presenciado los contratos contenidos en cada una de las veintisiete escrituras; y que esta operación la hizo acompañado de Cuadra y Williamson, que reunían las condiciones mencionadas, con lo cual, dice León, creía que no faltaba á la ley; y agrega que los escribientes procedieron obedeciendo sus órdenes, y asumiendo él la responsabilidad de este procedimiento.

"2.º Que esta exposición, con la franqueza y espontaneidad que aparece hecha, está revelando que no ha habido de parte de León dolo, malicia ni la intención de dañar, que son los elementos constitutivos del delito; ni se divisa el menor indicio de que León haya procedido guiado por algún interés personal para favorecer á alguno de los contratantes ó á un tercero, ni tampoco puede presumirse este propósito, puesto que la variación que León hizo en las mencionadas escrituras, no toca en nada lo sustancial de su contenido, sino que todo ello ha consistido en la variación de un testigo.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"3.º Que de lo expuesto se desprende que León no ha cometido el delito de falsificación por que se le condena, sino una grave falta en el ejercicio de sus funciones como notario, que debe castigarse con las penas dispuestas por los artículos 70, 73 y 76 de la Ley de 15 de octubre de 1875."

Nada tenemos que observar respecto á este fallo del Tribunal, que consideramos rigorosamente conforme á las prescripciones del artículo 74, ya citado, de nuestro Código Penal, cuyo inciso 1.º dispone que *al culpable de dos ó más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes á las diversas infracciones.*

Nuestro propósito se reduce á llamar la atención hacia el precepto enormemente defectuoso que este artículo contiene; es verdaderamente inconcebible cómo subsiste aún en nuestra legislación un principio semejante que nada justifica, y que no tiene base alguna en la moderna penalidad.

Hay casos en que la acumulación de penas se hace de todo punto imposible; las sentencias en que inciden no pueden humanamente cumplirse, y de ahí resulta entonces que esa acumulación, lejos de conseguir el objeto que se propone, trae consigo el desprestigio de las leyes que la establecen. En cumplimiento de ellas el juez se halla obligado á incurrir en extremos de seriedad á todas luces ridícula, de tal manera que el fallo condenatorio llega á producir en la sociedad una reacción de indulgente simpatía en favor del reo.

Esto mina por su base el propósito que, al aplicar las penas, se persigue, pues no se alcanza ni la enmienda del culpable ni la satisfacción de la vindicta pública ofendida. Jamás deben dictarse leyes cuyo cumplimiento despierte conmiseración hacia el delincuente, ni es posible tolerar que la gravedad de la represión que, á virtud de sus prescripciones se imponga, haga necesario la intervención de poderes extraños para obtener la relajación de la pena.

Como decía el señor Lastarria, diputado de Rancagua, en moción presentada á la Cámara para modificar el artículo 74 de que venimos ocupándonos, "la repetición de hechos criminales por un hombre, antes que la justicia lo aprehenda y procese, pudiera tal vez imputarse á la sociedad misma, que, por falta de medios de vigilancia para la represión, no ha apercibido al

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

criminal en medio de su carrera. Esta omisión de la sociedad justifica que el hombre que habría sido castigado con una pena por cada uno de sus delitos, si hubiera sido aprehendido inmediatamente después de ejecutados, obtenga una diminución de pena cuando todos los delitos sucesivos son castigados en un solo proceso, pues el criminal tal vez habría suspendido su carrera de crímenes, si desde el primer momento la sociedad hubiérale hecho sentir el error de su conducta.»

Y si esto se dice cuando se trata de delitos diferentes y en épocas y lugares diversos ejecutados, con mucho más razón es aplicable á la repetición sucesiva de un hecho criminal contra las mismas cosas ó contra las mismas personas. Tanto los primeros como los segundos deben considerarse en el terreno de una buena penalidad, para los efectos de su represión y castigo, como una sola infracción en contra de la cual militan tantas circunstancias agravantes como veces se ha repetido.

De este modo se evitarían espectáculos como el de que al principio nos hemos ocupado, de individuos á quienes por delitos relativamente insignificantes se les condena á cuarenta ú ochenta años de presidio, no faltando tampoco en los archivos de nuestros tribunales casos en que la pena ha llegado á la suma de *ciento veinte años.*

La disposición contenida en el artículo 74 de nuestro Código fué tomada del Código Español de 1850; pero al paso que en éste quedó suprimida por la reforma de 1871, en el nuestro subsiste aun y junto con otras de que oportunamente nos ocuparemos, contribuye á hacer de nuestro Derecho Penal uno de los más rigorosos y severos que existen en las legislaciones modernas. Y es bien sabido que con la gravedad de las penas no se logra más fácilmente la represión del crimen: esto se consigue, antes que todo, aplicándolas con oportunidad y con discreción.

Indispensable se hace, pues, proceder á una reforma inmediata del artículo 74 tantas veces citado y reemplazar la disposición bárbara que contiene por otra que esté más de acuerdo con los principios moralizadores que la ciencia penal enseña. De esa manera, no veremos las frecuentes relajaciones de las sentencias que expiden nuestros Tribunales superiores de justi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cia por los indultos ó comutaciones que otorga el Consejo de Estado cada vez que sus miembros creen que la ley ha sido demasiado severa para reprimir pasajeros delitos (1).

En nuestro Código debe establecerse un límite más ó menos prudente y equitativo del cual en ningún caso puedan pasar las penas: debe consignarse un principio parecido al que sanciona el Código Penal de Venezuela, según el cual la pena de penitenciaría, por ejemplo, no puede pasar jamás de diez años.

La duración de las penas temporales es demasiado larga entre nosotros; á pesar de que á muchos se condena al máximum de veinte años por un solo delito, nunca alcanzan á cumplirlos: cuando no se mueren, el Consejo de Estado los indulta. Junto con la diminución de ese máximum, es urgente, y la dignidad de nuestra magistratura y el prestigio de nuestras instituciones lo exigen, que se modifique el artículo 74; en una palabra, que se suprima la acumulación de penas por los diferentes delitos que en un mismo proceso se persiguen.

El honorable señor Lastarria, actual Ministro de Relaciones Exteriores, presentó en 7 de agosto de 1877, ante la Cámara de Diputados, una moción con este objeto. Dicha moción duerme aun el sueño tranquilo á que entre nosotros son con frecuencia condenados muchos buenos proyectos.

Mas ya que su autor se halla ahora en situación excepcionalmente favorable para hacer que se conviertan en ley las ideas que entonces abrigaba y cuyos fundamentos en el transcurso de once años habrá visto sin duda alguna robustecidos, aguardamos confiadamente que con un poco de buena voluntad lleve á cabo la obra provechosa que con laudable propósito iniciara.—*Agustín Correa Bravo.*—Santiago, 14 de diciembre de 1888.

(1) Escrito lo anterior, hemos visto que el Consejo de Estado en sesión de 20 del presente diciembre prestó su acuerdo para conmutar en 541 días de presidio los 84 años 28 días y demás penas á que fué condenado don Clemente León, y para indultar el tiempo que les falta para cumplir las suyas á don Nicolás Cuadra y don Pablo Williamson.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—1. PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, por don † José Bernardo Lira, un volumen de 133 páginas que acaba de publicar la Imprenta Nacional por orden del Ministerio de Justicia. Esta edición está precedida de una Advertencia, y de la introducción del Proyecto, que su autor dejó inconclusa. Oportunamente insertaremos esta pieza, conforme lo prometimos en nuestro número anterior.—2 LETRAS Y POLÍTICA, 1888, por don Julio Bañados Espinosa, actual Ministro de Justicia é Instrucción Pública. Un volumen de 420 páginas, Imprenta de «La Patria», Valparaíso. Es una recopiación de veintiocho artículos de diversas materias publicados por su autor en la prensa diaria.—3. LA JURISPRUDENCIA PRÁCTICA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA, por don Robustiano Vera, un volumen de 500 páginas, Imprenta de «Los Debates», Santiago. El autor promete publicar un segundo volumen sobre la materia. El actual no está por entero consagrado á su objeto. Aplaudimos con entusiasmo esta clase de trabajos, que revelan estudio, versación y paciencia, y que son de tan grande utilidad para los abogados y demás personas que cultivan el Derecho. Recomendándola á ellos, contribuímos á estimular á su autor en la prosecución de tan importantes estudios. Termina la obra con algunas «disposiciones que no deben olvidar el abogado y el juez.» Algunas de las citas de leyes españolas son útiles, por haber leyes patrias vigentes sobre la materia que tratan (véanse, entre otras, las señaladas con los números 22, 33 y 45). La señalada con el 44 está derogada por la Ley de 15 de octubre de 1875.—4. GEOGRAFÍA DE CHILE, *ó sea, recopilación de leyes y decretos vigentes sobre creación, límites y nombre de las provincias, departamentos, subdelegaciones y distritos de la República,* tomo I, Magallanes á Linares, por don Aníbal Echeverría y Reyes, un volumen de 358 páginas, Imprenta Nacional, Santiago. Obra utilísima y digna de entusiastas aplausos, está llamada á alcanzar una grande aceptación y prestigio.—5. PROYECTO DE LEY SOBRE ADMINISTRACIÓN DE CORREOS Y TELÉGRAFOS DEL ESTADO, *artículo publicado en* LA TRIBUNA, por don Aníbal Echeverría y Reyes, edición de veinticinco ejemplares, un opúsculo de 30 páginas, Imprenta Cervantes, Santiago,—6. RETROVENTA, ARTÍCULO 1,885 DEL CÓDIGO CIVIL. *Escrito de súplica en la causa que siguen don Zenón y don Neceto Varas con don José Miguel Silva García y dón Miguel Gatica,* un opúsculo de 120 páginas, Imprenta de «Los Debates», Santiago. Obra del abogado don B. Frías Collao.

LA DIRECCIÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO IV Santiago, 1.º de febrero de 1889 NÚM. 19

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Apuntes de un estudio sobre Código de Minería (conclusión), por don Frutos Osandón.—Anotaciones al Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (conclusión), por don José Ravest.—Proyecto de Código de Enjuiciamiento Criminal (continuación), por don José Bernardo Lira.—¿Hurto ó robo? por don Francisco Beutner-Mary.—Cuando hay menores en una partición ¿pueden los coasignatarios señalar de común acuerdo el valor de las especies? por don Agustín Correa Bravo.

APUNTES DE UN ESTUDIO SOBRE CÓDIGO DE MINERÍA

(Conclusión)

Aceptando esa noción de lo que es la propiedad minera, se habrá redactado el artículo 1.º del Código de Minería; y se habrá señalado de una manera genérica en qué consiste esa propiedad, materia de una ley especial.

Ahora bien, considérese, por un momento, cuál es la significación práctica del artículo 1.º del Código de Minería así redactado.

Estableciendo que el Código tiene por objeto reglar la propiedad minera, dada la comprensión de estas palabras, no sólo no se ha dictado una disposición legal ociosa y redundante por que deba darse por sub-entendido que el Código de Minería se ocupa de las minas; sino que, al revés, parece ser que tal definición es necesaria, así para comprender bajo las expresiones *propiedad minera* todo lo que importa la riqueza mineral, como para evitar una confusión en las diversas y vulgares acepciones que, indebidamente, como se ha manifestado, se atribuyen á la palabra mina.

Decir que el Código tiene por objeto las minas de oro, plata,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

platino, etc., es decir una impropiedad, porque, aún aceptando como mina el yacimiento metálico, éste será objeto de una industria; mientras que será objeto del Código reglar la propiedad privada de ese yacimiento en su origen y en su desarrollo industrial. Por otra parte, no es exacto tampoco que el Código tenga por objeto las minas de oro, plata, cobre, plomo, etc., porque el plomo, el cobre, la plata, el oro son metales que muy rara vez se encuentran en la naturaleza en estado libre, nativo, sino en combinaciones químicas que importan una sustancia metálica, cuya parte útil y apropiable es el oro, la plata, el cobre, el bismuto, etc. Por el contrario, cuando se diga: "El Código de Minería tiene por objeto reglar la propiedad minera", la palabra reglar explica el verdadero propósito de la ley, como la industria debe decir extraer, explotar; y las expresiones propiedad minera, comprensivas de toda sustancia utilizable por medio de una industria particular, traducen el objetivo de la ley, y no se incurre, con ellas, en el error de llamar mina sólo á los metales útiles oro, cobre, plata y demás.

Las expresiones propiedad minera, en contraposición á mina, tienen todavía otra ventaja, cual es la de suprimir la nomenclatura del artículo 1.º del Código de noviembre de 1874.

Efectivamente, la enumeración de dicho artículo 1.º está lejos de ser cabal y científica, pues ni comprende todos los metales útiles ó utilizables que la mineralogía considera; ni guarda consonancia y analogía con las leyes geológicas de la formación y naturaleza de las sustancias metálicas y sus similares. Tal vez pudiera defenderse la nomenclatura del artículo 1.º sosteniendo que ella ha sido puesta por vía de ejemplo; y que en todo caso, con las palabras *piedras preciosas*, que rematan la enumeración, se ha salvado toda dificultad, por cuanto en ellas caben cualesquiera otros metales ó sustancias metálicas no expresadas taxativamente.

Sin embargo, para que esa enumeración del artículo 1.º hubiese sido puesta allí por vía de ejemplo, habría sido menester que se diese previamente la regla que los ejemplos venían á ilustrar, como cuando dice el artículo 19 del mismo Código: "Se reputan inmuebles accesorios de la mina, las casas ú objetos destinados permanentemente á su explotación por el dueño,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

como las construcciones, máquinas, etc.» Primero el precepto; en seguida los ejemplos que lo ilustran.

Y luego, ¿qué son las *piedras preciosas* de la parte final del artículo 1.º? No otra cosa que especies confundidas en algunas de las grandes familias del reino mineral. ¿Qué es el diamante, piedra preciosa, sino carbono puro? ¿Qué la amatista, sino cuarzo? ¿Qué la esmeralda, sino un silicato? En general, no hay una sola piedra preciosa que no se encuentre clasificada en alguna de las familias constitutivas de las dos grandes divisiones del reino mineral, á saber: minerales metálicos ó minerales no metálicos. De consiguiente, al decir el artículo 1.º piedras preciosas, no sólo ha comprendido bajo esa denominación á los metales propiamente dichos, como el oro, la plata; sino también especies minerales no metálicas.

Ahora bien, el salitre (nitrato de potasa) es un compuesto mineralógico clasificado entre las sustancias minerales no metálicas, como el mármol (carbonato de cal). El hierro mismo, compuesto químico de sustancias minerales metálicas y no metálicas, tiene también su clasificación mineralógica.

Si las piedras preciosas, que acoge el Código como objeto de disposiciones, pueden no ser otra cosa que sustancias minerales no metálicas ¿por qué no acoge también en idénticas condiciones el carbón fósil, el salitre, los mármoles, el guano, igualmente sustancias minerales no metálicas? ¿Acaso la explotación de estas sustancias, como la de las cales, arcillas, turbas, etc., no requiere trabajos y operaciones que se clasifican como industria minera arreglada á las condiciones de un arte industrial propio y exclusivo de ellas?

Deducción lógica de estas reflexiones es que, asimilando todas las sustancias que pueden ser objeto de una industria especial, como de la minera, se puede atribuír un mismo é idéntico origen á la propiedad minera, y se puede también uniformar el sistema de concesibilidad de esta clase de bienes raíces, procurando así la consonancia entre el Código de Minería y el Derecho común, en la persuasión de que las leyes no deben ser especiales y excepcionar el Derecho general privado, sino en cuanto estrictamente lo requieran la índole y fisonomía propias de las materias á que esas leyes particulares se aplican.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Al decir el artículo 591 del Código Civil: "Las minas (propiedad minera) son un bien nacional que la ley concede á los particulares," etc., necesariamente entendió por minas todas las sustancias minerales, metálicas ó no metálicas, suceptibles de una industria peculiar á ellas, y les atribuyó, por su propia homogeneidad, un mismo dueño originario, el Estado.

Muy poderosas razones debió tener en mira el Legislador de 1874 para excepcionar la regla general del artículo 591 recordado, dividiendo las minas (propiedad minera) en metales, fósiles, sustancias calizas, arcillosas, etc., para atribuír á cada cual de estas categorías un distinto dominio originario.

Empero, se acaba de observar, que esa clasificación tripartita no es ni económica ni filosófica; tampoco es científica en mineralogía; y, por supuesto, no es ni puede ser jurídica.

¿Por qué, entonces, la excepción?

Insistiendo en comprender bajo la denominación de propiedad minera todas las sustancias minerales, metálicas ó no metálicas, que puedan ser materia de una industria particular, no sólo se uniforma el origen y el régimen legal de esta clase de propiedad diferencial de la del suelo, sino que se procura otra ventaja capital, práctica. Por no estar comprendidas en la enumeración del artículo 1.° del Código de Minería vigente, ni el guano, salitre, carbón y demás objetivos de la industria estractiva minera, á pesar de estar en la mente y en la conciencia universal el convencimiento de que la explotación de aquéllos es del resorte exclusivo de tal industria, del mismo modo y forma que se explotan los minerales metálicos oro, cobre, plata, se han creado en Chile sinnúmero de dificultades, y se han dictado las más extrañas disposiciones legales.

Otro tanto sucede con los placeres auríferos.

Resumiendo: se puede insistir en creer que la *propiedad minera* comprensiva de todas las sustancias minerales, metálicas ó no metálicas, que el suelo guarda ó entraña y que son susceptibles de ser estraídas ó explotadas por procedimientos industriales que puedan calificarse *de industria minera arreglada á las condiciones del arte*, es el verdadero objeto del Código de Minería; y que no es propio decir que lo sean las minas de tal ó cual metal sin definirlas.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

De igual modo puede arribarse á otra conclusión, á saber: que cada y cuando hay la aplicación del trabajo industrial minero á la estracción del suelo de la sustancia mineral metálica ó no metálica, que importa la propiedad minera, se ejercita una industria estractiva, y que el mejor empuje que puede darse á su incremento y desarrollo es ensanchar sus horizontes, amparándola en cuanto sea dable con el Derecho común, sin dictar para ella otras leyes especiales que las aconsejadas por su propia índole y naturaleza.

Seguramente el peor mal que puede hacerse á una industria es dictar en su favor leyes de excepción que la aparten sin necesidad y sin lógica de la ley común que resguarda la propiedad en general, como no sean aquellas leyes reclamadas como rigurosamente particulares suyas. Cualquiera regalía no hace más que entibiar sus fuerzas vitales propias.

Por punto general: la propiedad minera, comprensiva de cuanto es susceptible, científica y económicamente, de una industria particular de extracción, constituirá un régimen de propiedad diferencial del suelo, y debería quedar sujeta á la ley común, salvo en cuanto una ley particular y privativa suya, el Código de Minería, le sea rigurosamente necesaria.

II

¿Cómo se constituye el derecho real de dominio sobre la propiedad minera?

Aceptada la base de que las minas (propiedad minera) son un bien raíz del Estado, que la ley concede á los particulares para trabajar, explotar y disponer de él como dueños, en condición y proporciones por ellas mismas determinadas, sería de estudiar la naturaleza jurídica de esta concesión, si no fuera de aceptar por el momento y como inconcuso, que el concesionario de propiedad minera adquiere el derecho de dominio sobre ella. Mas ¿cómo y cuándo se constituye ese dominio según el Código de 18 de noviembre de 1874?

Pero antes de avanzar en el camino que traza la solución de esta pregunta, conviene repasar y diversificar dos ideas fundamentales que por considerarse en conjunto han sido muy pro-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

bablemente la causa de una grave confusión, y aun de que la reforma de la ley de minería, en proyecto, llegue á ser equivocada y hasta nugatoria.

En efecto, la constitución del dominio privado sobre la propiedad minera de que se desprende el Estado en favor de los particulares, por disposición de la ley, es algo enteramente diverso de la conservación de ese dominio privado obtenido por la concesión. Más claro: una cosa es adquirir el dominio, y otra conservarlo.

Tiene establecido la estadística de causas sobre minas que la mayor parte de los juicios que se tramitan ante los tribunales tienen por objeto una de dos cosas: ó establecer la ubicación de una concesión minera, ó el mejor derecho á la mensura preferente que disputan entre sí dos ó más concesionarios.

Un descubridor de propiedad minera pretende situarse en el punto preciso de su manifestación, atendidos los datos indicativos de su pedimento. Otro concesionario le disputa esa ubicación, y sostiene que ella corresponde á la manifestación que tiene hecha ó al denuncio que tiene presentado.

De ordinario estas contiendas judiciales empiezan por querellas posesorias, tramitadas sin citación de querellados; de tal modo que no siempre obtiene posesión el de mejor derecho a ella, sino el más diligente y quizás el más osado.

No es, pues, aventurado afirmar que la causa inmediata y directa de esta clase de contiendas judiciales sobre ubicación, está en un vacío de la ley, en la ninguna garantía del concesionario sobre su hallazgo, en la falta de un verdadero régimen constitutivo de la propiedad minera.

Esto, por lo que hace á los descubrimientos.

En cuanto á los denuncios por despueble ó por infracción de una disposición legal que imponga la pena de perder una concesión otorgada, acontece que el denuncio es una verdadera demanda dirigida contra el concesionario que no ha trabajado ó no ha cumplido las condiciones que le fueron impuestas; en una palabra, que no ha sabido conservar su concesión.

Hay, pues, dos ideas capitales que distinguir: la de constitución del derecho real de dominio sobre la propiedad minera; y la de conservación de ese mismo dominio.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Se adquiere el dominio de un predio rústico, por ejemplo, por la compraventa. Celebrado el contrato, perfeccionado por el otorgamiento de escritura pública, é inscrita ésta, el comprador ha adquirido el pleno dominio y la posesión de la heredad. Puede, sin embargo, perder este dominio por no haber ejercitado sus derechos de dueño en cierto lapso de tiempo, por haberlo dejado prescribir. El comprador no ha perdido su dominio por mala constitución de él, sino por no haber sabido ó querido conservarlo.

De igual modo acontece al minero. Pierde su concesión por mal constituída ó por no conservarla. En el primer caso hay el vicio de la ley que no provee á garantir á firme ó convenientemente los derechos de propiedad minera que otorga; en el segundo hay la omisión del concesionario en conservar.

De consiguiente, no es exacto decir que los denuncios de minas sean motivados por mala organización del régimen constitutivo de la propiedad minera, sino que ellos tienen por causa las omisiones del concesionario en conservar, la falta de cumplimiento de las condiciones que se le imponen al otorgarle propiedad minera en concesión.

La ley del ramo, el Código de Minería, está llamada á dictar las reglas necesarias para el otorgamiento del derecho de dominio en la propiedad minera, separándolo del Estado, para entregarlo á los particulares; y á fijar las condiciones de dicha concesión. Mas ¿incumbe á la ley poner á cubierto al minero de sus propias omisiones, facultarle para eludir los mismos preceptos legales que le imponen tales ó cuales condiciones en el ejercicio del dominio que recibe de manos del Estado?—Porque una de dos: ó la propiedad minera se concede á los particulares sin limitación ni condición alguna, ó la ley debe cuidar de que se respeten las condiciones que ella misma establece.

Ahora bien, dice el artículo 13 del Código de Minería vigente, de acuerdo en este punto con el 591 del Código Civil: "La ley concede la propiedad de las minas á los particulares *bajo condición de trabajarlas y explotarlas constantemente, con sujeción á los preceptos del presente Código*, etc.; pero sólo se entiende perdida esa propiedad y devuelta al Estado, en los casos expresamente prevenidos en la ley."

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Los casos que determinan la pérdida de la propiedad minera privada, no son, por punto general, otros que éstos: 1.°, falta de pozo legal; 2.°, falta de ratificación del registro; 3.°, abandono; y 4.°, despueble.

Los dos primeros están considerados en el artículo 38 del Código y dicen relación con el régimen constitutivo de la propiedad minera; los dos segundos están contemplados en los títulos VI y VII, y miran á la conservación de la propiedad en manos de particulares. Los dos primeros son preceptos que pudieran llamarse objetivos de la ley; los dos segundos, subgetivos del concesionario.

Así las cosas, procedamos á criticar la constitución actual de la propiedad minera en los particulares; para ocuparnos, en seguida, de si puede la ley ingerirse en lo que es privativo del concesionario, y cuál haya de ser su ingerencia.

Materia de un largo estudio que, aunque preparado, no cabe en estas cuartillas, es la de examinar en conjunto, primero, y en detalle, después, las disposiciones contenidas en los títulos IV y VII del Código; pero pueden dejarse establecidos los preceptos más salientes que importan *la constitución* de la propiedad minera, ya por descubrimiento, ya por denuncio, dejando para examinar, con el título VI, cómo debe *conservarse* la propiedad ya constituída.

El descubridor de propiedad minera (sustancia mineral metálica ó no metálica) debe hacer manifestación de su hallazgo, del modo y forma indicados en el artículo 27, manifestación que se manda registrar y publicar (art. 28). Practicada esta diligencia, el registrador tiene plazo normal de 90 días para labrar lo que se llama pozo y galería legales. Una vez hechas estas labores, deberá ratificar su registro, con cuya ratificación constituye título provisional de dominio sobre su descubrimiento, pudiendo hacerlo definitivo por la mensura. En sustancia, hay, pues, tres actos ú operaciones constitutivas del dominio sobre propiedad minera descubierta: manifestación y registro de ella; facción del pozo ó labor legales; y ratificación del registro.

Ahora bien, ¿qué valor práctico y qué significación jurídica

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tienen esas diligencias y operaciones? ¿Importan ellas un verdadero régimen constitutivo de dominio sobre la propiedad minera descubierta?

Al hacer manifestación de su hallazgo, dice el artículo 27 del Código de Minería, el manifestante deberá "expresar..... las señales más individuales y características del *sitio* donde se encuentra la boca, cata, pozo ó labor en que halló el mineral, etc.," y agrega el artículo 28: "El juez ante quien se haga la manifestación, mandará registrarla y publicar el registro." Mas ¿cómo se cumple en la práctica con los dos preceptos contenidos en los artículos 27 y 28? Muy rara vez, casi nunca, el denunciante señala de una manera precisa el *sitio* donde hizo el hallazgo; por el contrario, es lo frecuente que el sitio del descubrimiento se relaciona con puntos ó lugares muy apartados, dejándose así abierta la puerta para ubicar su hallazgo en una grande extensión; y dando margen, de este modo, á los litigios sobre ubicación, que son el verdadero escollo y el gran manantial de los pleitos. El sitio, como dice la ley, donde se hace un descubrimiento, es un lugar preciso y determinado, cuya ubicación no debe quedar ignorada ni desconocida para nadie, sin riesgo de atribuír al descubridor la facultad monstruosa de ser el árbitro de ocupar con su manifestación cuanto espacio de terreno quiera, y sin peligro de entrabar los derechos de cualquiera otra persona, capaz como él, de adquirir derechos á la propiedad minera del Estado, concesible á los particulares.

Luego, entonces, es necesario no dejar la ubicación de un hallazgo al capricho de su descubridor. Para ello no bastará que la ley emplee las expresiones más enérgicas ni consagre un precepto el más imperativo; será menester adoptar un procedimiento eficaz, que permita, no sólo dejar sellado el sitio del descubrimiento, sino también reconocer su veracidad y su existencia real en el terreno. Muchos arbitrios podrán idearse para conseguirlo, y es seguro que habrá uno que consulte cumplidamente la necesidad, sin que sea de este lugar indicarlo ni exponerlo.

Si se consigue, por algún medio fácil y poco oneroso, que se precise y selle el sitio de un hallazgo de propiedad minera, ¿no es verdad que, acaso, no habría pleito posible sobre ubicación

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de un descubrimiento? que no cabrían ya las inauditas querellas posesorias de amparo ó de despojo, que son el pan de cada día, el tormento de los mineros honrados y una de las causas más poderosas del desaliento de la industria? Porque, ¿á quién no le repugna ver, cada día y á cada paso, cómo, á la sombra de una fraudulenta querella de despojo, se arrebata el legítimo derecho ajeno?

Cosa muy diversa sucediera si un hallazgo pudiese ser reconocido y precisada su ubicación en el suelo. Sólo así tendría significación jurídica el registro en el Conservador de Minería, prevenido en el artículo 28.

Efectivamente, y en tesis general, se inscriben en los registros conservadores de bienes raíces ó títulos de derechos reales ó bien cualquiera prohibición, gravamen ó condición que afecte á los bienes raíces y á derechos reales; pero en todo caso, se inscribe un título, llámese instrumento público ó resolución judicial, que vincula un derecho sobre algo existente, preciso y determinado.

Entretanto, ¿qué manda registrar el artículo 28 del Código de Minería? La solicitud de manifestación, que ni es título alguno, ni aun en caso de presumirlo tal, indica la veracidad, la existencia del hallazgo y mucho menos su ubicación reconocida.

De donde se desprende, que el primer paso indicado por la ley actual de minería para constituír el dominio privado sobre la propiedad minera, es deficiente en el hecho y es equivocado en cuanto contraría una de las nociones más vulgares del Derecho común.

Si, á la inversa de lo que actualmente sucede, hubiera de empezarse por reconocer el hallazgo de que se hace manifestación, verificando su ubicación según el pedimento, de modo de dejar un signo inequívoco, un mojón, por ejemplo, en el sitio preciso del descubrimiento, el acta que se levantara vendría á ser ya un título susceptible de ser inscrito. La inscripción de ese título importaría, entonces, la posesión legal, la entrega de la propiedad minera descubierta en ese punto, que es el único reconocido, y no más. La reglamentación de este procedimiento inicial para la constitución de la propiedad minera privada, sería obra de detalles, fáciles de especificar.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Una vez que la inscripción del acta de verificación de un descubrimiento importa una posesión legal, es de preguntarse ¿de qué se da posesión? No de otra cosa, seguramente, que del hallazgo mismo, porque no es exacto, como vulgarmente se entiende, que un descubridor, por el sólo hecho de manifestar, de asegurar bajo su palabra que ha descubierto, adquiera desde el primer momento, derecho alguno á una extensión dada, tal ó cual, de propiedad minera, á dos ó más pertenencias, puesto que aun se ignora cuál sea la forma del yacimiento, sus dimensiones y demás caractéres que permitan conceder extensión de propiedad minera.

Á efecto de "reconocer, dice el artículo 31 del Código de Minería, la clase de mineral, la potencia, dirección é inclinación de la veta (yacimiento en general), y demás circunstancias que establecen la existencia de la mina (propiedad minera), y sirven para caracterizarla", tiende el segundo de los tres requisitos antes mencionados, como constitutivos de propiedad minera, cual es la posesión de pozo y galería legales, de diez metros cada una de estas labores, vertical la una, horizontal la otra.

Mucho se ha censurado, y con razón seguramente, esta disposición del artículo 31 del Código.

Y en verdad ¿qué objeto útil, razonable, tiene esta doble labor de veinte metros?

Si se trata de un descubrimiento en veta, acaso puede ser necesario para los fines que persigue el artículo 31, labrar pozo vertical y galería horizontal que la descubran en dirección, inclinación y potencia; pero en manera alguna deberá imponerse como indispensable que tales labores tengan dimensiones determinadas; porque bien puede suceder, y acontece, que en menos de diez metros de pozo y otros tantos de galería horizontal, se descubren todas las indicaciones necesarias y exigidas por la ley. Y esa doble labor en dimensiones de diez metros por cada sección, llegará á ser, con mayor razón, exagerada ó superflua cuando se trate de mantos regulares, de mantos irregulares ó de placeres.

Puesto que hay conveniencia, como no puede dejar de haberla y notoria, en poner de manifiesto la sustancia mineral metálica ó no metálica, descubierta; su dirección, inclinación y po-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tencia, así para dejar establecido qué clase de propiedad minera es la que se va á otorgar en concesión, como las dimensiones de la propiedad concesible; y puesto que no hay razón alguna que aconseje que las labores que hayan de practicarse con tales objetos sean precisamente de diez metros verticales y diez horizontales, bien pudiera sustituirse el artículo 31 por otro que dijera más ó menos así: "Registrada el acta de verificación de un descubrimiento, el registrador tendrá tantos días de plazo para practicar sobre la propiedad minera de su descubrimiento las labores necesarias que permitan reconocer la clase del mineral, la potencia, dirección é inclinación de aquélla, y las demás circunstancias que establezcan su existencia y la caractericen."

Así el registrador no quedará obligado á labrar invariablemente veinte metros; le bastará poner á desnudo su propiedad descubierta, satisfacer las exigencias de la ley; y nada le impedirá presentar sus obras de reconocimiento al verificarse su hallazgo para inscribir el acta de verificación.

Por cierto que no vale la pena forjarse dificultades en lo tocante á quién ó quiénes sean los funcionarios encargados de verificar el descubrimiento y de reconocer la propiedad minera caracterizada.

Y bien, el tercer requisito exigido por la ley para constituír dominio en propiedad minera por vía de descubrimiento, es la ratificación del registro, diligencia consistente en asegurar el concesionario, bajo su palabra, que ha cumplido con el artículo 31, siguiendo "los rumbos hacia los cuales quiere medir su pertenencia, la extensión que pide á uno y á otro lado del pozo, ó si la quiere toda á un solo lado", lo que importa un título provisional de dominio.

Como se ve, las solas declaraciones de una persona, interesada por lo demás, tienen para la ley el valor de un título constitutivo de propiedad raíz; valen tanto como el otorgamiento de una escritura pública que reconoce un derecho real de dominio.

Esta situación jurídica, que no hay por qué vacilar en tener por absurda, crea un abuso, cual es el de facilitar la ratificación sin haber cumplido con el artículo 31; y, por lo mismo,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

abre la puerta á los disturbios y á los pleitos; y á la verdad, ¿qué precauciones ha tomado la ley para asegurarse de que no se hagan ratificaciones en falso? todo aconseja buscar y encontrar una garantía de orden y de seriedad contra manejos torcidos.

Así como es necesario verificar la existencia y la ubicación de un descubrimiento, de igual modo se hace indispensable comprobar el hecho de haberse cumplido con los requisitos del artículo 31; y si en aquella vez fué preciso la intervención de un funcionario con fe pública, solo ó asociado de testigos, en ésta se requeriría la asistencia de persona capaz de estimar convenientemente las cosas: el ingeniero del Estado, por ejemplo.

Resultando cumplidas las condiciones prescritas en el artículo 31, é indicadas las medidas de extensión de la propiedad minera, la mensura quedaría hecha; y el acta de ella, aprobada por el juez é inscrita en el registro del conservador de minas, sería un título perfecto y respetable de dominio, con todos los atributos suficientes de respetabilidad. En suma, hecha una manifestación de descubrimiento, cuya fecha entrañaría de suyo un derecho de prioridad; verificado el hallazgo y ubicado el sitio donde se encuentra por medio de un signo visible; é inscrita el acta de verificación, se tiene la posesión justa y legal de un descubrimiento. Reconocida la existencia de propiedad minera; conocidos sus caracteres, cumplidos los requisitos de la ley (artículo 31) é indicadas las dimensiones de la propiedad minera que se solicita en la extensión que la misma ley permite; con el acta de reconocimiento aprobada é inscrita, se tiene el título constitutivo de dominio privado sobre una propiedad minera descubierta.

Dos solicitudes, dos actas de reconocimiento, dos inscripciones, gastan mucho menos tiempo, imponen menos gastos que toda la larga y dispendiosa tramitación actual; y lo que es más, ciegan de raíz fangosos manantiales de pleitos que son el evidente contrapeso del desarrollo de la industria minera en el país.

Cuanto se ha dicho respecto de descubrimientos es en un todo aplicable á los denuncios de propiedades anteriormente constituídas.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Naturalmente, en torno de estas ideas fundamentales de verdadera y útil reforma, giran muchas otras que son de simple reglamentación, como son las que se refieren á las personas y funcionarios que intervienen en las diligencias constitutivas de régimen legal de la propiedad minera; los plazos en que las diligencias hayan de practicarse; el modo y forma de las operaciones; y la sanción respectiva que entrañen el cumplimiento ó las infracciones de las reglas que se dicten.

Con disponer la ley que la ratificación de un registro de manifestación ó de denuncio sólo supone los trabajos necesarios para clasificar y caracterizar la propiedad minera, cuya constitución privada se persigue; y con suprimir la exigencia de que forzosamente se hayan de labrar pozo y galería de diez metros cada cual, desaparece una de las cuatro causales de denuncio la más frecuentemente alegada, la que más se presta á fraude y á sorpresas irritantes, á saber, la falta de *pozo de ordenanza*. En este punto no cabe género de duda.

Pudiera sí caberla cuando se denunciase por falta de ratificación en el plazo señalado en la ley. Ante todo, para que el denuncio fuera procedente por causa de esta omisión, sería menester que así se expresase claramente en la ley.

Es de examinar, entonces, si debe ó nó sancionarse la falta de ratificación en la pérdida por denuncio.

Supóngase un descubridor ó denunciante que tiene registrada el acta de verificación de su hallazgo ó de su denuncio y que, de consiguiente, está en posesión legal de su propiedad descubierta ó denunciada. Si, no obstante su descuido en ratificar, ha trabajado siempre y constantemente, claro está que no ha abandonado, que no ha desamparado su propiedad minera, de que está en posesión real y legal. En este caso la sanción que acarrea su falta de ratificación, no puede, ni racionalmente ni en justicia, hacer denunciable su concesión, porque ha conservado el ánimo invariable de trabajarla.

Cuando, al revés, desampara su propiedad minera, en un tiempo dado, haciendo presumir su ánimo de abandonar, la falta de ratificación se traduce en despueble; y la propiedad minera que se contempla, no sería denunciable por falta de ratificación, sino por falta de amparo. Luego entonces, en ninguna

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

circunstancia, la omisión en ratificar debe ser sancionada con el denuncio; y la verdadera pena de esa omisión podría consistir en obligar á la ratificación por cualesquiera medios coercitivos, en beneficio de algún industrial que quisiera tomar vecindad, y que lo solicitare.

Y luego también desaparece la falta de ratificación, á la par que la de pozo de ordenanza, como causal de denuncio. En buena cuenta, sería de suprimir el artículo 38 del Código de Minería de 1874, y con tal supresión, desaparecería el veinte por ciento de los pleitos de minas.

La supresión del citado artículo 38 es tanto más aconsejable, cuanto que, á primera vista aparece el absurdo de autorizar un verdadero denuncio por falta de pozo ó de ratificación de registro; pues mal puede haber denuncio de una propiedad minera que no ha alcanzado á tener existencia real y legal en manos de particulares y que, de consiguiente, no ha salido del poder del Estado, dueño originario de toda propiedad minera.

Constituído el dominio privado sobre la propiedad minera, adoptando un sistema, un procedimiento constitutivo que sea justo y razonablemente jurídico, surge la cuestión de cómo se conserva ese dominio adquirido. La ley actual dice que sólo por medio del trabajo efectivo y constante, como condición precisa de la concesibilidad; al paso que opiniones muy sostenidas, que creen haber herido la dificultad de la reforma, entienden que basta el trabajo ficticio por medio de la patente; y otros, adoptando un eclecticismo insoportable, un altruísmo legal inadmisible, optan indiferentemente por el trabajo ó por la patente,

Es de insistir, ante todo, en la separación lógica que existe entre estas dos ideas: constitución de la propiedad minera y conservación de la misma, una vez constituída como derecho real de dominio privado; no confundirlos de suerte que, á pretexto de reformar la ley en un sentido, se caiga en el extremo de modificarla en otro; pues que el sólo hecho de sustentar tal confusión, significa á las claras que no puede ser fructuosa una reforma que no ha fijado el verdadero objetivo de ella; porque, ¿qué se va á reformar: el régimen constitutivo de la propiedad

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

minera, el modo de conservación de ella, ó una y otra cosa á la vez? En cualquiera de estos tres extremos, habrá que precisar los puntos de mira hacia los cuales la reforma se ha de dirigir.

Si, como acaba de verse, el régimen constitutivo de la propiedad minera es defectuoso, no cabe duda de que hay ya fijado un punto de la reforma. Pero ¿lo es igualmente el sistema actual de conservación?

Dispone el artículo 13 del Código de Minería vigente, inspirado en esta parte en las sustanciosas palabras *labor y beneficio*, empleadas en la parte segunda del artículo 591 del Código Civil, que «la ley concede la propiedad de las minas á los particulares *bajo condición* de trabajarlas y explotarlas constantemente, etc.» De que se sigue que el trabajo obligatorio de la propiedad minera es un precepto imperativo de la ley, es una condición *sine qua non* de concesibilidad. Aquí conviene preguntarse: tal exigencia de la ley ¿es económica y es razonable?

Se ha visto más arriba que en el estado actual de la legislación, una propiedad minera por constituír, ó ya constituída, se pierde por cuatro motivos: 1.°, por falta de pozo; 2.°, por omisión en ratificar el registro; 3.°, por abandono, y 4.°, por despueble. Se ha visto también que las dos primeras causales desaparecen con un buen régimen constitutivo de la propiedad minera, que es donde estriba verdaderamente la reforma. Quedan en pie las otras dos causales: el abandono y el despueble que miran á la conservación en manos de particulares de la propiedad minera, como aquellas dos primeras se refieren á la constitución de ella.

El abandono, lo mismo que el despueble, son, según las reglas del título 7.° del Código de Minería, el desamparo que de su propiedad minera hace el concesionario de ella, con sólo la diferencia de que el abandono debe ser declarado é inscrito, lo que no da lugar á juicio de denuncio; mientras que el despueble es un desamparo, no declarado, sino presunto, y que puede motivar una litis entre denunciante y denunciado.

Las reglas sobre el abandono han llegado á ser letra muerta en la ley, pues nadie declara su ánimo de abandonar.

Ahora bien, el despueble es una presunción legal de desam-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

paro que descansa en la existencia real de hechos que importan en el concesionario el ánimo de no trabajar, el propósito de no cumplir la condición del trabajo obligatorio que le fué impuesto al hacérsele concesión de la propiedad minera por él descubierta ó denunciada.

Volvemos, pues, al punto de partida, al trabajo obligatorio como condición legal de concesibilidad.

Y bien. El industrial minero que suspende del todo ó hace ineficaces y tardíos sus trabajos sobre la propiedad minera de que es concesionario, la desampara, deja de contraer debidamente á ella su esfuerzo humano necesario para hacerla útil, para convertirla en riqueza, esfuerzo humano que es la condición económica de existencia de esta clase de propiedades; y si á este desamparo se le llama despueble, es menester convenir en que él es un hecho inductivo de la pérdida de un derecho adquirido, es una verdadera prescripción.

En Derecho común se prescriben las cosas ajenas y también los derechos y acciones ajenas: los primeros por no haberse poseído durante cierto lapso de tiempo, y los segundos por no haberse ejercitado durante un intervalo dado.

Una vez que el despueble es el desamparo de la propiedad minera, la cesación de trabajos en ella, es evidente que esa cesación, que ese desamparo aleja toda idea de una posesión regular y conveniente, tal cual lo exige la ley como condición de estabilidad y permanencia del derecho de propiedad.

Supóngase por un momento que se prescinda de las nociones jurídicas y económicas que imponen la necesidad del trabajo obligatorio sobre la propiedad minera constituída en dominio privado, y que se adopta el sistema del trabajo ficticio por medio de la patente, por ejemplo; ¿se habrá ideado un medio de proteger el desarrollo de la industria minera como fuente de producción nacional? Seguramente nó; y, por el contrario, no se habrá hecho otra cosa que imponer una gabela odiosa que pesa sobre el industrial afortunado que produce, como sobre el infeliz que ningún beneficio alcanza, equiparando á uno y otro, lo que es enormemente injusto; y se habrá introducido una regalía en favor del Estado, que aprovecha al fisco. Se concibe un impuesto fiscal ó municipal sobre la propiedad minera en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

beneficio, sobre la renta de ella, como hay un impuesto agrícola; pero es inexplicable una contribución sobre una propiedad que no reditúa. Y mucho menos se alcanza á comprender cómo el pago de la patente pueda equivaler al trabajo.

En buena cuenta, con el sistema de la patente ¿quiénes reportan beneficios?

El industrial minero pobre, que cifra la mayor suma de su capital en su trabajo propio y personal, se encontrará dificultado para ejercitar su industria si encuentra por delante una contribución que empieza por cercenarle lo que le es indispensable para entablar faena.

Al revés, el industrial de papel, que tiene como satisfacer el impuesto, llegará á hacerse dueño, si así lo quiere, de toda la riqueza mineral del país.

Y luego, si no es exigible el trabajo obligatorio, si no es necesario hacer investigaciones largas y trabajos costosos, como es lo natural y ordinario ¿en qué consistiría la riqueza mineral?

Sería irrisorio encontrar llenos los registros de los notarios de minas, con inscripciones de títulos de propiedades amparadas con la patente, si hubiera de preguntarse en seguida ¿y cuáles son las riquezas, cuáles los valores comerciales que derivan de tales propiedades? ¿Cuál es la riqueza mineral de un país, por lo demás tan rico en propiedades mineras de papel? ¿Cuál es el estado del arte industrial minero de ese país?

Seguramente, las respuestas que pueden darse á esas preguntas imponen el convencimiento de que el trabajo obligatorio es una imperiosa necesidad.

En suma, constituír la propiedad minera en manos de particulares, de un modo perfectamente legal y respetable, alejando los litigios que son la consecuencia obligada del régimen legal imperante, es el verdadero y fundamental objetivo de la reforma, no solo como obra de legalidad, sino también como eficaz empuje dado á la industria minera, como un camino trazado para su incremento, abundante manantial de la riqueza pública y del bienestar privado. El trabajo obligatorio, como fuerza productora, será el complemento de una efectiva prosperidad

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

III

¿En qué consiste la mensura de pertenencias mineras?

Para solucionar esta interesante cuestión se hace necesario definir préviamente lo que es una pertenencia.

El artículo 78 del Código de Minería vigente dice á la letra: "78. Se llama *pertenencia* la extensión que la ley concede al minero para explotar su mina". Con esta definición queda aún por determinar qué extensión es la que la ley concede, ó en otros términos ¿es extensión de suelo ó es extensión de propiedad minera?

El artículo 10 del Código de 18 de noviembre de 1874 cuidó de decir:

"Las minas son un inmueble distinto y separado del terreno ó fundo superficial, aunque aquéllas y éste pertenezcan á un mismo dueño", lo que importa la consagración de dos regímenes de propiedad. Ya antes, en el artículo 6.º, el Código había dicho: "Reconocida la existencia de la mina, los fundos superficiales quedan sujetos á la servidumbre de ser *ocupados* en toda la extensión necesaria para la cómoda explotación de ella, á medida que el desarrollo de los trabajos lo fuere requiriendo". Si se acercan uno á otro estos dos artículos 6.º y 10, se viene en cuenta de que, siendo la propiedad minera diversa de la propiedad superficial; y no pudiendo aquélla imponer á ésta más que una *servidumbre* de *ocupación*, claro está que el concesionario de propiedad minera no tiene derecho á otra cosa que á constituír dominio sobre la sustancia universal metálica ó no metálica, descubierta ó denunciada; y en manera alguna á constituír propiedad sobre el suelo en que aquélla se encuentra.

Según esta doctrina, parecería indudable que la palabra *extensión*, empleada en el artículo 78, se refiere á la propiedad minera y no á la superficial, si no fuese que en las reglas del título VIII del Código se habla constantemente de la medición del terreno. Así, el artículo 79 dice: "En los criaderos regulares las pertenencias constarán, habiendo *terreno* vacante, de doscientos cincuenta metros" etc., y de igual modo en otros pasajes.

El Código de Minería, pues, no está seguro sobre qué es lo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que ha de medirse como pertenencia, si es una extensión de propiedad minera ó una extensión del suelo donde yace.

De tal confusión surge, naturalmente, una gravísima dificultad en la aplicación diaria de la ley. Un descubridor ubica en un punto dado el sitio de su hallazgo; pero como entiende que tiene derecho á medir como pertenencia una extensión de suelo, se siente facultado para hacer trabajos de reconocimiento, no en el punto preciso de su manifestación, sino en 500 ó 750 metros sobre la longitud del yacimiento y hasta en 200 metros de latitud. En buena cuenta, se hace dueño, desde el primer momento, de una considerable extensión de terreno, no importa que á 50 metros de su hallazgo desaparezca la propiedad minera descubierta.

De aquí la necesidad de reconocer el descubrimiento para fijar su ubicación y los caracteres de la propiedad minera manifestada. De este modo, no sólo se radica el hallazgo haciendo imposibles querellas posesorias de ubicación; sino que también se fija el punto de donde ha de partir la mensura ulterior de la propiedad minera descubierta, y todavía, ello permite calificar desde luego, de qué clase de yacimiento se trata, haciendo imposible que el descubridor se sienta autorizado para fijar sus trabajos en cualquier punto de una considerable extensión de suelo, y no sobre verdadera propiedad minera.

Todo está demostrando que la extensión que haya de medirse como pertenencia es de propiedad minera, y no de suelo; y, de consiguiente, que la disposición del artículo 78 del Código podría redactarse así: "Se llama pertenencia *la extensión de propiedad minera* que la ley concede".

Es una especie vulgarmente sostenida la de que en cierta clase de yacimientos, en placeres auríferos, por ejemplo, el detritus mineral se encuentra confundido con el terreno mismo; y que mal podría hacerse la reposición efectiva entre las dos materias que dan lugar á dos regímenes diversos de propiedad: la tierra y la sustancia mineral, metálica ó no metálica; pero es lo cierto que, por más que ellas se encuentren confundidas, no son inseparables, sino que, por el contrario, á producir esa separación tiende el arte industrial minero; y que, si bien es cierto que no podría ser conmensurable en extensión la sustancia

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mineral por sí misma, pues habría necesidad de medir una extensión dada del terreno que lo contiene, eso quiere decir únicamente que, en tal caso de excepción, que está muy lejos de ser lo normal, deberá medirse la extensión de propiedad minera por la extensión de terreno que la contiene; pero eso no quita que, en rigor, sea propiedad mineral la que se concede, y no propiedad territorial.

Ahora bien, puesto que, cualquiera que sea el sistema constitutivo de la propiedad minera que se adopte, siempre será preciso hacer mensura y demarcación de la propiedad concesible. Cualquiera que sea, por lo demás, el modo y forma de la operación ó las dimensiones de la pertenencia, llega el conflicto á que dá margen, en la práctica, la aplicación del artículo 90 del Código de 1874, que dice á la letra:

"90. La prioridad de la manifestación ó del denuncio de una mina, da derecho preferente para la demarcación y mensura de ella, respecto de las minas menos antiguas," etc.

Pedro hace manifestación de un descubrimiento, en una veta de cobre, verbigracia, con fecha 1.º de enero de 1888, indicando, como se lo previene el artículo 27 del Código, "las señales más características del *sitio* donde se encuentra la boca, cata, pozo ó labor en que halló el mineral". Con fecha 2 de enero del mismo año, Juan manifiesta otra veta de cobre con indicaciones de ubicación más ó menos parecidas á las de Pedro. Llega el momento en que el manifestante de 1.º de enero pide al juez que se le mande dar mensura de su concesión. Citado Juan como vecino, se opone á que se lleve á efecto la mensura, por cuanto Pedro no está ubicado en el punto de su concesión, según los datos de su solicitud de descubrimiento.

De esta contienda judicial así trabada, nacen dos cuestiones: una de mero procedimiento, otra propiamente jurídica sobre aplicación de la regla contenida en el artículo 90, cuestiones ambas sobre que rueda una gran parte de los litigios sobre minas.

En el ejemplo propuesto, ¿bastará que se exhiban las manifestaciones de 1.º y 2 de enero de 1888 para que se dicte sentencia sin más trámite, ó será menester seguir contienda ordinaria sobre oposición á la mensura solicitada por Pedro? Y, pres-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cindiendo del procedimiento, sumario ó plenario, ¿bastará, para dictar sentencia, tomar en cuenta las fechas de las dos manifestaciones, ó será menester abrir prueba sobre la ubicación de las respectivas concesiones? En otros términos, el juicio de oposición á una mensura ¿es sumario ó plenario? Y en seguida, ¿sólo en razón de prioridad de manifestación puede deducirse oposición? Es doctrina invariablemente recibida en el procedimiento la de que, en punto á ritualidad de los juicios, son éstos ordinarios ó extraordinarios, según sea más ó menos breve la tramitación preceptuada por la ley para poner en claro un derecho perseguido en juicio. Para que se entienda ser sumario un procedimiento judicial contencioso, es menester que la ley lo haya declarado expresamente así, dictando reglas especiales de tramitación, como para el juicio ejecutivo, para los de comercio, para las querellas de amparo ó despojo en la posesión, etc.

Mas, en tratándose de juicios sobre oposición á la mensura de una mina, como en el caso contemplado arriba, ¿dice en alguna parte la ley que esta tramitación debe ser sumaria? Al revés, el artículo 91 del Código de Minería dispone que los litigios á que hubiere dado lugar una solicitud de mensura son resueltos por *sentencia definitiva*, expresiones estas últimas que dejan comprender bien claramente que la mente del Legislador ha sido disponer que los juicios de oposición á una mensura sean plenarios.

Ni puede ser de otro modo. En el ejemplo propuesto, Juan, que se ha opuesto á la solicitud de mensura hecha por Pedro, necesita discutir primero, y demostrar después que su contendor no está ubicado en el lugar de su hallazgo, no está en el sitio de su manifestación, dadas las indicaciones que le impone el artículo 27 del Código de Minería. Tal discusión y tal prueba no pueden producirse sino en juicio plenario, puesto que hay hechos que discutir y demostrar.

No obstante, es práctica adoptada en algunos tribunales la de tramitar sumariamente las oposiciones á una mensura, con sólo tener á la vista los títulos respectivos de manifestación, exhibidos por cada cual de las partes contendoras, novedad de procedimiento no preceptuada en la ley é introducida sólo, á lo que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

parece, en obsequio de las seguridades que deben procurarse á los industriales mineros, é inspirada en un erróneo concepto de la disposición contenida en el artículo 90.

Es la ley, y no los tribunales de justicia, quien dicta las reglas á que haya de sujetarse la ritualidad de los juicios; y ello es, sobre todo, necesario en tratándose de cuestiones de suma gravedad á las veces. Es verdad que la oposición de Juan á la mensura solicitada por Pedro, puede ser infundada y hasta temeraria, tan bien como justa y procedente. Cualquiera que sea el evento final de la litis, cualquiera la resolución que dicte la *sentencia definitiva* de que habla el artículo 91, mientras se tramita el juicio de oposición, plenario, con discusión y con prueba ¿qué perjuicio ha sufrido el solicitante Pedro durante la suspensión de la mensura? Seguramente ninguno, como no sea el que soporta todo litigante obligado á defenderse; pues, no porque la mensura quede en suspenso, el peticionario Pedro es menoscabado en sus derechos, ni es perturbado en la ejecución de sus trabajos como concesionario. Por la inversa, tramitado el juicio sumariamente, cerrándose á Juan toda puerta para entrar á demostrar los hechos fundamentales de su oposición, podrá suceder, y sucede diariamente, que él, Juan, es expulsado de sus trabajos por Pedro que, teniendo su manifestación en otra parte, ha ido á colocarse mañosamente en la vecindad de Juan, prevalido de la prioridad de manifestación, no importa que el sitio de su hallazgo esté, según su propio pedimento, á una ó dos leguas distante del hallazgo de Juan. Hé aquí la situación: el peticionario de mensura nada pierde con el juicio plenario; el opositor lo pierde todo con el juicio sumario.

Porque es profundamente equivocado, y hasta irrisorio, lo de dejar al opositor Juan, á salvo su derecho para demandar en juicio ordinario la nulidad de mensura. Se sabe que esta acción de nulidad no es procedente según el artículo 99 del Código de Minería, "sino por error pericial constante de la misma acta de mensura en que se consignó, ó por razón de fraude ó dolo". Á no militar estas circunstancias, la mensura es inatacable. Y como no es ninguna de estas tres la causal de oposición que asiste á Juan, bien se deja ver que la reserva de la acción de nulidad es una verdadera burla.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Ahora bien ¿qué puede dar lugar á la tramitación sumaria de un juicio de oposición á mensura? No otra cosa que el erróneo concepto y la equivocada aplicación del artículo 90.

Con efecto, cuando este artículo dice: «la prioridad de manifestación ó del denuncio de una mina, da derecho preferente para la demarcación y mensura de ella respecto de las minas menos antiguas; este derecho preferente ¿excluye cualquiera otro motivo fundado de oposición? Ó más claramente ¿sólo en razón de prioridad de manifestación cabe oponerse á una mensura?

Á no caber duda, sería absurdo suponer que la regla del artículo 90 fuese de tal modo absoluta que no fuera dable deducir oposición á una mensura por otra causal que esa. Para que tal hubiera sido el propósito deliberado del Legislador, habría sido preciso que se dijera: *sólo* la prioridad de manifestación ó del denuncio, etc.

La disposición del artículo 90 no es ni puede ser otra cosa que la contemplación de un caso que la ley ha querido prever, introduciendo una especie de privilegio á favor del concesionario primero en fecha de manifestación; pero, seguramente, en el supuesto de haberse ubicado, tanto el primero como el postrero, en el sitio preciso de su hallazgo ó denuncio. Y la razón es obvia. Así el que manifiesta como el que denuncia propiedad minera, no pide concesión de otra cosa que de esa propiedad en lo que ha reconocido de ella; pero no de extensión de suelo.

En el denuncio, verbigracia, la propiedad, siendo denunciada, aunque tenga demarcación y mensura, el sólo hecho de haberse perdido para el anterior concesionario, significa haber desaparecido para ella sus linderos y su individualidad legal (art. 67 del Código), siendo necesario para exigirla en nueva propiedad, mensurarla también de nuevo.

De todos modos, el descubridor y el denunciante tienen que fijarse en el punto preciso de su hallazgo ó de su denuncio para, como descubridor, labrar allí su pozo y galería legales; y como denunciante, habilitar la labor llamada de ordenanza (art. 73 del Código de Minería). En uno y otro caso, la ubicación es el punto de partida para constituír propiedad minera; y de consiguiente, para llegar á la constitución definitiva de esa

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

propiedad por la mensura, y ponerse en el caso de hacer valer con el artículo 90 su derecho preferente para mensurar, tiene que haberse tomado previamente la ubicación justa y precisa, como condición necesaria para poder hacer valer aquella preferencia.

Cada vez que el Derecho común algo dispone sobre prelación de derechos, ella descansa en el supuesto de la veracidad del hecho ó hechos en que el derecho se funda. En la prelación de créditos, por ejemplo, no habría juez que dictara sentencia de grados, habiéndose deducido impugnación de uno de ellos en razón de su veracidad.

De la misma manera, mal se podrá reconocer por sentencia y á ojos cerrados al peticionario de mensura Pedro, la facultad de hacer practicar esta operación, cuando Juan le arguye sobre la falsedad de su derecho de prelación, y lo invita á la discusión y á la prueba.

Denegar la discusión, cerrar la puerta al juicio plenario sobre oposición á una mensura, es, sin duda, introducir un procedimiento judicial, no sólo inusitado y desconocido en las leyes; pero también nugatorio de un derecho cabal. Y aplicar la disposición del artículo 90 en un sentido estrecho, como que no cabe oposición á mensura por otra causal que por prioridad de manifestación ó de denuncio, es interpretar equivocadamente la ley, tomando un caso singular por una regla absoluta y general.

De otro modo pasaran las cosas si la ley hubiese tenido cuidado de dar una noción clara de lo que debe entenderse por pertenencia, de modo de hacer imposible la confusión entre los dos regímenes diferenciales de propiedad: la minera y la superficial. Porque, si es la sustancia mineral, metálica ó no metálica, la que debe denunciarse, tomando por punto de partida para la mensura el pozo ó labor legal, en conformidad á lo preceptuado en diversos artículos del Código, es evidente que se alejaría toda duda sobre la interpretación restringida que suele darse al artículo 90.

Efectivamente, si tanto Pedro como Juan para poder mensurar sus respectivas concesiones han debido ubicarse en sus concesiones mismas; si no debe tomarse para nada en cuenta la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

extensión del terreno donde yacen las propiedades mineras por ellos descubiertas ó denunciadas, sus respectivos derechos de prioridad para mensurar tendrán que estar necesariamente subordinados á la ubicación exacta del hallazgo ó del denuncio.

Mas, cuando el descubridor ó denunciante entiende ser llamado á medir una área de terreno; y cree, por lo mismo, tener radicado un derecho en el suelo, claro está que no podrá permitir que otro cualquiera se sitúe en tal extensión territorial; invoca la disposición del artículo 90 como una regla incontrovertible y absoluta, como único medio de hacer respetar el dominio que cree tener desde el primer momento sobre la extensión de suelo que tiene prefijada para su demarcación como pertenencia minera. Y los tribunales mismos, inspirándose en la falsa idea de que un concesionario de primera fecha tiene vinculado un derecho á la extensión de terreno en la cabida de una ó más pertenencias, no encuentran otro medio de hacer respetable ese derecho, que acoger la regla del artículo 90, como la única causal posible de oposición á una solicitud de mensura.

Entretanto, es lo cierto, y la experiencia diaria lo hace palpable, que en un área de doscientos cincuenta metros de longitud por ciento ó doscientos de latitud, puede haber más de un yacimiento mineral diversos entre sí; que Pedro puede ser el concesionario de uno y Juan de otro; que las dos concesiones pueden coexistir con sólo dar á cada cual su ubicación precisa. Pero si se entiende que en esa área de doscientos cincuenta metros por ciento ó doscientos no cabe más que una propiedad minera; que no pueden coexistir dos, y que un concesionario tiene derecho al suelo y no al yacimiento ó propiedad minera, claro está que hay que acudir á la prelación del artículo 90 que importa aquel viejo aforismo: lo que es primero en el tiempo lo es también en derecho.

Puede ocurrir que el concesionario de 1.º de enero se sitúe en un punto dado de una veta, en conformidad á las indicaciones de su descubrimiento; y que el concesionario de 2 de enero vaya á colocarse sobre la misma veta á cien metros del anterior. Puesto que todo descubridor tiene derecho de medir 500 ó 750 metros de longitud sobre la veta, surgiría la cuestión de saber, cuál de los dos hubiera de mensurarse el primero. No cabe du-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

da sobre que la prelación correspondería al concesionario de 1.º de enero; pero eso, dado el hecho de ubicarse ambos sobre una misma corrida: lo que viene á demostrar una vez más que hay necesidad de reconocer y constatar la ubicación respectiva de las concesiones; y que no basta la prioridad de manifestación como regla invariable de preferencia para mensurar.

Por el contrario, el concesionario de 1.º de enero tiene hecha manifestación de veta con rumbo norte-sur y empieza su labor legal en un punto dado. El concesionario de 2 de enero manifiesta su veta oriente-poniente y se coloca á cien metros del primero. Si se supone al concesionario de 1.º de enero con derecho á una extensión de terreno de 500 metros de longitud por 150 de latitud, la ubicación del concesionario de 2 de enero es imposible, no obstante que se trata de propiedades mineras diversas. Pero si sólo se trata de propiedad minera y no de extensión de suelo, es indudable que la concesión de 1.º de enero quedará limitada, por la naturaleza de las cosas, con la propiedad de 2 de enero que le sale al través. Sería un verdadero absurdo admitir que el concesionario de veta de minerales de plata con rumbo norte-sur, absorbiera al concesionario de veta de cobre con rumbo oriente-poniente, ó al revés; porque cada cual de ellos ha manifestado distintas propiedades mineras. De donde se desprende todavía que la *extensión* de que habla la definición del artículo 78 no es extensión de suelo, sino de sustancia mineral concesible; y que la prioridad de manifestación ó denuncio supone la ubicación justa de esas concesiones, como antecedente necesario para establecer la prelación en la mensura. La fecha antelada de un descubrimiento ó de un denuncio, nada significa de suyo si no está bien y exactamente ubicada la concesión, á menos que se consagre y se admita la creencia de que un peticionario de propiedad minera, por el hecho de serlo, se adueña de un área de terrreno.

Resumiendo. La reforma del Código de Minería de 18 de noviembre de 1874, tal como la solicitan la experiencia de catorce años de aplicación de esa ley, y al mismo tiempo el estudio razonado de ella en sus vacíos y en sus defectos, debe necesariamente comprender tres puntos capitales, á saber:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

1.º Dar la definición científica y económica de lo que debe entenderse por propiedad minera, como objeto del Código de Minería, tomando para ello en consideración cuál es el verdadero objetivo de la industria minera; y procurando establecer los dos regímenes diferenciales uno de otro, entre la propiedad superficial y la propiedad del sub-suelo, á fin de alejar toda confusión y demarcar clara y eficazmente lo que es la industria minera como extractiva, en contraposición, pudiera decirse, con la industria agrícola propiamente tal. Y parece ser que el único arbitrio para conseguirlo, está en erigir en propiedad minera, de acuerdo con el artículo 591 del Código Civil, toda sustancia mineral, metálica ó no metálica, susceptible de un arte industrial propio, clasificable económicamente entre las industrias extractivas; en una palabra, capaz de ser jurídicamente la materia del régimen particular de propiedad que se llama minera, sin excepciones infundadas y sin limitaciones odiosas ó sólo perturbadoras.

2.º Diversificar dos nociones distintas, que de ordinario se confunden, cuales son: constitución legal de la propiedad minera y conservación de la misma, una vez constituída. En efecto, toda propiedad, para ser respetable en manos de quien se dice dueño de ella, supone un título, un vínculo que liga á la cosa con su dueño. Así, el señor de una heredad necesita tener un título que lo acredite tal, sea adquisitivo, como la compra-venta; sea constitutivo, como la donación, por ejemplo. Mas, perderá sus derechos de dueño, si no ejercita su dominio, y dejará prescribir su propiedad, lo que le impone la obligación de conservarla.

De igual modo, el descubridor ó denunciante de propiedad minera, debe empezar por adquirir el título de dueño, por obtener una concesión en forma y cabal; por constituír su derecho de dominio. Y una vez adquirido, tendrá, por precisión, que conservar su propiedad.

Puesto que el Estado es dueño de la propiedad minera, en general, y la concede en propiedad á los particulares á condición de *trabajarla siempre y constantemente*, y hace la concesión por órgano de un Poder público, el judicial, claro está que el cedente, el Estado, y el concesionario, el minero, deben celebrar

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

una convención, otorgar un título que la acredite. Tales son las diligencias judiciales que importan para el concesionario un título de concesión respetable. Y una vez que la concesión entraña en sí misma la cláusula condicional de que el concesionario trabaje siempre y constantemente la cosa cedida, es evidente que la conservación de ella es indispensable para el concesionario.

Ahora bien, puede la ley idear cualquier arbitrio que signifique el cumplimiento de aquella condición; que importe lo que se llama el amparo de la propiedad minera; puede establecer la ficción de que el pago de una patente sustituya al amparo efectivo por el trabajo; pero, al menos, entiéndase que la patente protege el ejercicio del derecho de dominio; pero en manera alguna que constituya el dominio mismo.

La patente será un modo de conservar lo adquirido; pero no un modo de adquirir propiedad. De otro modo habría que agregar al artículo 588 del Código Civil un nuevo modo de adquirir dominio: la patente.

3.º Finalmente, definir de una manera clara y precisa lo que debe entenderse por pertenencia minera, á fin de no confundir en este punto lo que la ley misma (art. 10 del Código de Minería de 18 de noviembre de 1874) había separado.

Acaba de verse cómo los dos regímenes de propiedad, la de la superficie y la del sub-suelo mineral, son una necesidad aconsejada, así por la índole misma, por la fisonomía jurídica de cada cual de ellos, como por la clasificación económica de las industrias á que uno y otro dan lugar. Muchas otras razones de interés inmediato, de conveniencia efectiva pudieran todavía aducirse en pro de la separación de esos dos regímenes; y que determinarían, por lo mismo, una definición exacta de lo que es pertenencia minera. Por cierto que sólo á condición de ser bien preparada, pacientemente estudiada y comprendida, la reforma del Código de Minería pudiera llegar á ser eficaz.

No faltan en el país los hombres contraídos, no escasea el espíritu de investigación científica, ni se echa de menos la concurrencia de industriales y de legistas en excelentes condiciones de anhelo y de suficiencia para acometer tan importante reforma, que no fuera aún tiempo de abrir certámenes literarios sobre la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

materia, como el mejor medio de oír opiniones ilustradas y de llamar á los hombres idóneos.

Tal fué, sin duda, la mira de la Sociedad de Minería al publicar su notable "Informe Cuestionario," en respuesta al supremo decreto de 7 de julio de 1883, que la erigió. Allí están planteadas en conjunto y en detalle casi todas las cuestiones que interesan á la reforma; y aunque se invitó á emitir sus ideas "á todos aquellos que se interesen por la industria minera ó tengan datos con que concurrir al acierto en las reformas que se intentan," el llamamiento fué desoído, porque no había estímulo alguno para los invitados. Á haberse abierto un concurso bien organizado, de 1883 acá, la materia habría sido suficientemente estudiada, mucha luz se habría derramado; y es bien seguro que no se correría á estas horas el riesgo de que sea aprobado en el Congreso un proyecto de reforma elaborado en una noche, que nada remedia, y que, en concepto de muchos que entienden lo que dicen y que juzgan con conocimiento y con preparación, ese proyecto ahonda muchos males y reagrava lo existente.

FRUTOS OSANDÓN (1)

La Serena, 1888.

ANOTACIONES AL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMENTO CIVIL

(Conclusión)

ART. 628 *d.* Si el despojo fuere acompañado de violencia en las personas, la querella se tramitará conforme á los artículos precedentes, pero sin citación del querellado.

(1) El haberse retardado por diversos inconvenientes la publicación del segundo tomo de la Biblioteca de esta REVISTA, en que debió aparecer este trabajo, ha sido causa de que no viera la luz pública con oportunidad, promulgado como está á la fecha el nuevo Código de Minería; y presentando nuestras excusas al autor, hemos juzgado de tal importancia su trabajo, que su inserción actual era necesaria, á causa de su mérito científico indisputable y de las atinadas y útiles observaciones y estudios que contiene y que no pueden perder jamás su oportunidad. *(Nota de la Dirección.)*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 629. Debe agregarse al final del artículo:

Siendo que la violencia haya sido ejecutada *por actos acaecidos dentro de los seis meses* anteriores a la querella.

ARTS. 630, 631, 632 y 633. Estos cuatro artículos deben refundirse en uno solo.

ART. 630. La querella de restablecimiento se tramitará como la querella de *despojo* con *violencia*, según el artículo 628, bis.

ART. 638. Si la audiencia para ratificar ó no la suspensión provisional es para el quinto día de la notificación; y si la sentencia en seguida debe pronunciarse dentro del tercero día de la audiencia, sucedería con frecuencia que no alcanzara á producirse la prueba de testigos, y podría designarse para ese mismo fin el plazo que se señale para el dictamen del perito.

El artículo se modificaría en esta forma:

Si en la audiencia no se diligenciare toda la prueba testimonial traída por las partes, se abrirá una prórroga de seis días á lo más para la continuación de la prueba.

Y en la misma audiencia, si alguna de las partes lo pidiere y en concepto del juez fueren necesarios conocimientos periciales, se designará el perito, quien expedirá su dictamen dentro de la referida prórroga ó del breve plazo que el juez le señalare desde que sea notificado.

ART. 639. La variación introducida en este artículo es consecuencia de la modificación del artículo anterior.

El artículo quedaría en esta forma:

Dentro de tercero día desde la audiencia, ó *de la expiración de la prórroga*, ó de la presentación del dictamen del perito en su caso, el juez pronunciará sentencia (1), en la cual ratificará la suspensión provisional decretada,

(1) Se suprime la palabra *definitiva* del artículo original.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ó mandará alzarla, dejando á salvo en todo caso al vencido el ejercicio de las acciones ordinarias que le competen, para que se declare en definitiva el derecho de continuar la obra ó de hacerla demoler.

También llevará siempre esta sentencia condenación de costas.

ART. 642. En protección del derecho del querellado se agregará otro artículo:

ART. 642, *bis.* No obstante lo dispuesto en el artículo anterior (642), el querellado puede oponerse á la demolición, extracción ó enmienda, llenando las condiciones siguientes:

1.ª Presentar un informe de dos peritos contestes que dictaminen no estar ruinosa la obra y no ser urgente la demolición.

Este dictamen se expedirá en el acto de la diligencia de inspección, que puede ser verbalmente, suscribiendo también el acta los peritos, y

2.ª Dar fianza de resultas y de indemnizar todo daño que se causare por la obra ruinosa.

Esta fianza durará dos años á lo menos y podrá extenderse hasta diez.

ART. 644. El artículo quedaría mejor en esta forma:

En la misma sentencia que ordena la demolición, extracción ó enmienda, ó mientras esté pendiente el interdicto, puede el tribunal...

Sin que de esto pueda apelarse *sino en lo devolutivo.*

ART. 649. Las acciones posesorias prescriben en un año, es decir, después de un año de existencia de las obras denunciadas, no es procedente la acción ó interdicto posesorios.

Por consiguiente, la oposición del querellado y prueba consiguiente en el mismo interdicto, deberá limitarse á ese dato; y nó á la adquisición de servidumbre, como lo da á entender el artículo 649, desde

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que esta excepción sería de más lato conocimiento y en el juicio ordinario.

El artículo quedaría más correcto en esta forma:

Al querellado se admitirá la oposición que hiciere sobre el tiempo de existencia de las obras denunciadas y prescripción extintiva de la acción posesoria, pudiendo para la diligencia de inspección nombrar un perito de su parte.

Y aun podrá recibirse el interdicto á prueba por un término que no exceda de seis días, sin perjuicio de la inspección referida.

Mientras tanto podrá el tribunal dictar las providencias urgentes, como para el caso de *obra ruinosa* en el artículo 644.

ART. 650. Más correcto y conforme á los anteriores quedaría el artículo en esta forma:

Si se pidiere la remoción del embarazo para el acostumbrado cauce de las aguas, de que trata el artículo 939 del Código Civil, el *tribunal resolverá la petición, previa la diligencia de un ministro de fe, ó de inspección personal, asociado de un perito si fuere menester, nombrado por el mismo tribunal, con citación, concurran ó nó las partes á la diligencia.*

ART. 652. Creemos que las obras á que se refiere este artículo son materia de denuncio de obra nueva, y debe procederse conforme á lo dispuesto para ello en el § 5.° de este título.

Y en caso contrario, se procedería según se dispone, como en el caso del artículo 638 (reformado.)

ART. 656. Este artículo y el siguiente deben invertirse, pasando la disposición del primero al segundo y *vice versa*, en esta forma:

ART. 656 reformado.

Toda solicitud de desahúcio en materia de arrendamiento se mandará poner en conocimiento del arrenda-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tario ó arrendador desahuciado, quien podrá reclamar contra ella en el término de *seis* días (1) desde la notificación.

ART. 657 reformado:

Interpuesta la reclamación en tiempo, señalará el tribunal una audiencia para el tercero día ó subsiguiente hábil después de la última notificación, para que concurran ambos con sus medios de prueba.

ART. 659. Agréguese al final del artículo:

ratificando el desahúcio ó aplazándolo para la vía ordinaria.

ART. 660. *Aplazado el desahúcio por no resultar comprobados los hechos*, el tribunal comunicará traslado de la demanda y procederá...

ART. 665. Dice: "se procederá al avalúo de las labores", etc., etc.

Léase: "se procederá *inmediatamente (ó acto continuo)* al avalúo de las labores", etc., etc.

ART. 667. Este artículo asimila los dos casos, tanto si hay desahúcio, como si no lo hay.

Si no hay desahúcio en arrendamiento de plazo estipulado, al vencimiento de éste debiera procederse ejecutivamente á la entrega del predio arrendado.

El artículo quedaría más correcto en esta forma:

El procedimiento establecido por los artículos precedentes se aplicará también á los casos en que el arrendamiento cese por expiración del tiempo estipulado para su duración ó por la extinción del derecho del arrendador; debiendo hacerse efectiva ejecutivamente la entrega del fundo arrendado diez días después de requerida la entrega decretada con vista del título de cesación del arrendamiento.

(1) El artículo original señala *nueve* días.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Lo cual se entiende sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 1937 del Código Civil.

ART. 675. Dice: "Cada parte puede presentar hasta *cuatro testigos* sobre lo principal ó sobre tachas."

El artículo 674 manda que se presente la lista de testigos *tres* días antes de la audiencia de prueba.

Y el artículo 677, que en caso de no recibir á prueba las tachas que se hubieren alegado, el tribunal pronunciará sentencia.

Luego la audiencia de prueba (la segunda) es sobre lo principal y para alegar tachas, pero no para probarlas, desde que es permitido señalar una tercera audiencia ó abrir un término de prueba para las tachas.

Creemos que una misma debiera ser la audiencia para la prueba sobre lo principal que para la prueba sobre las tachas, desde que se obliga á presentar la lista de testigos *tres* días antes.

Y este término es sin duda con el objeto de tomar informes sobre los testigos y poder tacharlos y rendir prueba en una misma audiencia.

Inteligencia que se deduce igualmente del artículo 675 que faculta á cada parte para presentar cuatro testigos sobre lo principal ó sobre las tachas.

¿Son cuatro testigos para ambos objetos ó cuatro para cada uno de ellos? Si lo segundo, serían ocho por cada parte ó dieciséis en todo, número excesivo para una sola audiencia.

Conviene aclarar todos estos puntos.

Por otra parte, creemos que la tramitación breve que se dispone en este título es demasiado sumaria; debiera ser más lata, tratándose del disenso para contraer matrimonio, asunto delicadísimo que compromete á los contrayentes por toda la vida.

Optaríamos por principiar este juicio por una audiencia en que se llamara á las partes á un avenimiento, como dispone el artículo 671; y no habiéndolo, se daría traslado de la demanda, y con la contestación se recibiría á prueba señalando una ó más audiencias y no pudiendo cada parte presentar sino hasta seis testigos, previa la presentación de la lista de testigos tres días antes de cada audiencia, y pudiendo en ellas tachar á los testigos verbalmente ó por escrito.

Para probar las tachas podrá señalarse un nuevo término que no exceda de la mitad del primero, y serán examinados los testigos en audiencia como sobre lo principal, sin exceder de tres los testigos de cada parte

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Expirados los términos probatorios, el juez señalaría una última audiencia para alegar, ó un término que no exceda de diez días, dentro del cual, sin sacar los autos de la oficina, ambas partes puedan presentar alegatos por escrito, sin dar traslado de ellos; y sin más trámite el juez pronunciará sentencia.

Esta sería la tramitación que podría adoptarse.

Pero si hubiera de subsistir la tramitación designada en este título, creemos del caso las modificaciones que siguen:

Dice el artículo: «hasta cuatro testigos sobre lo principal ó sobre tachas»...

Léase: «hasta seis testigos sobre lo principal *y la mitad de este número sobre las tachas, si éstas se recibieran á prueba conforme á lo que se dispone en el inciso 2.º del artículo 677.*»

ART. 677. Dice: «y firmarán los testigos»...

Léase: «y *que firmarán, si supieren, los testigos y las partes que concurran*»...

Inciso 2.º:

Extendida el acta, expondrán las partes lo conveniente á su derecho; sea verbalmente en la misma audiencia, de lo que pondrá certificado el actuario; sea por escrito señalando el juez para ello un término común de seis días sin sacar los autos de la oficina, y sin más trámite, sea que se presenten ó nó los escritos, el tribunal pronunciará sentencia.

Inciso 3.º, ó más bien otro artículo por separado bajo el número:

ART. 677 *bis.* En el acta también se hará mención de las tachas alegadas que hubieren sido admitidas y sobre las cuales haya de recibirse prueba, y el juez designará para esa prueba una audiencia especial, verificada la cual tendrán lugar los alegatos conforme á lo dispuesto en el artículo anterior.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 685. Después del artículo 685 creemos necesario agregar los dos que siguen:

ART. 685 *a*. Al juicio de árbitros debe preceder el nombramiento de los jueces árbitros, que se hará en audiencia que al efecto señalará el tribunal, con citación de todos los interesados, á petición de cualquiera de ellos. La audiencia tendrá lugar con los que concurran á ella, y el nombramiento se pondrá en conocimiento de los que no hubieren asistido, para el efecto de impugnar la incapacidad del árbitro, si la tuviere para ser juez.

ART. 685 *b*. El nombramiento de árbitros puede también hacerse en escritura pública por acuerdo unánime de los interesados que tengan la libre administración de sus bienes.

ART. 687. Dice: "Ante un ministro de fe."

Léase: Ante un ministro de fe *designado por el árbitro...*

ART. 696. Este artículo no guarda relación con el artículo 137 de la Ley de Organización de Tribunales, que concede *apelación y casación* contra la sentencia arbitral, sea de árbitros ó arbitradores; á menos de renunciarlos.

Y en el artículo 696, al contrario, se deniega el recurso de apelación contra la sentencia del arbitrador, á menos de reservárselo expresamente en el acto constitutivo del compromiso.

Creemos que debe mantenerse la disposición del citado artículo 187. El artículo quedaría en esta forma:

En cuanto á los recursos contra la sentencia de árbitros ó arbitradores, se estará á lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley de Organización de Tribunales.

ART. 698. El artículo dispone que á la demanda se confiera traslado ó se llame á las partes á una audiencia.

¿Es meramente facultativo del tribunal ó depende de alguna circunstancia la adopción de uno de los dos procedimientos para contestar á la demanda?

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Si la demanda es por escrito, ¿por qué había de ser en audiencia verbal la contestación?

Sería coartar el medio de defensa del demandado.

Podría conciliarse que el llamamiento de las partes en audiencia no excluía llevar á ese acto la contestación por escrito.

Al artículo podría agregarse un inciso 2.°:

El segundo procedimiento no excluye que en la audiencia pueda el demandado presentar por escrito la contestación á la demanda.

ART. 703. Según este artículo, en rebeldía del demandado, esto es, no contestando ni compareciendo á la audiencia, ó se recibe la causa á prueba, ó se accede provisionalmente á la demanda. En este segundo caso hay cinco días para formular oposición, que se tendrá como contestación de la demanda.

Y ¿cómo se le admite contestación de la demanda después de ser rebelde?

Y ¿cómo se manda recibir la causa á prueba según el artículo 704 después de haber optado, conforme al artículo 703, por la concesión provisional de la demanda, que excluye el otro extremo de la disyuntiva, ó sea, la prueba?

Para salvar esta contradicción convendría dejar el artículo 703 en esta forma:

En rebeldia del demandado, si el actor lo pide con fundamento plausible, se accederá provisionalmente á la demanda.

Contra esta concesión podrá el demandado formular oposición dentro del término de *cinco* días, ó apelar, si la cuantía del asunto lo permite.

La oposición se tramitará como incidente.

ART. 705. Á fin de tachar y probar las tachas, convendría modificar el artículo.

Léase: El término de prueba no podrá exceder de diez días, *recibiéndose la causa á prueba con todos cargos* (1).

(1) Significa con derecho de tachar y prueba de tachas.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Para esto cada parte presentará su lista de testigos tres días á lo más después de recibida la causa á prueba.

ART. 711. Este artículo dispone que á la audiencia para contestar á la demanda comparezcan con sus medios de prueba.

El demandante puede prepararse suficientemente, pero el demandado nó; porque puede ser notificado la víspera y aún horas antes de la audiencia; y ¿cómo podría reunir su prueba? Imposible.

Será preciso que la citación á la audiencia sea para *tres* días á lo menos después de la notificación del demandado.

El artículo quedaría bien modificando el inciso 2.º:

La orden de citación será para el tercero día de la notificación del demandado, y se expresará en ella el objeto de la demanda, etc...

ART. 714. No hay razón para conceder en estos juicios lo que no es permitido en otros juicios de breve tramitación ni aún en los juicios ordinarios de mayor cuantía, el trámite de una *segunda citación* para contestar á la demanda.

Los dos primeros incisos del artículo quedarían modificados así:

Constando que el demandado ha sido citado y no compareciere por sí ó procurador, la audiencia tendrá lugar con el que concurra, en la forma dispuesta en el artículo anterior.

ART. 719. ¿Por qué en estos juicios no se declararía desierto ó no interpuesto el recurso en rebeldía del apelante que no concurriere á la audiencia?

No hay razón para exceptuar á estos juicios de la regla general.

El tercer inciso de este artículo quedaría así modificado:

Si no compareciere el apelante, se declarará como no interpuesto el recurso, y si fuere el apelado el inasistente, resolverá el tribunal con el mérito del proceso.

ART. 721. Al inciso primero que reproduce las disposiciones de los artículos 711 hasta 717, hacemos igual observación que al artículo 714, suprimiendo la segunda citación para contestar á la demanda.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 723. Á este artículo, igual observación y modificación que al artículo 719.

El trámite de la apelación en ambos artículos debe ser el mismo. Además está equivocada la cita del artículo 691, debiendo ser 711.

ART. 724. Está equivocada la cita del artículo 698; debe ser 722.

ART. 726. Para los juicios *verbales* de comercio se establece audiencias en tres días á lo menos de cada semana y en las primeras horas del despacho.

Pero, con excepción de las principales ciudades mercantiles de la República, en los demás pueblos (que son los más), sería excesivo el número de audiencias.

Más adelante el artículo 782 asimila la tramitación de los juicios *verbales* de minas, esto es, de menos de trescientos pesos, á los de comercio, y de consiguiente, habría que señalar igual número de audiencias é innecesario también, con excepción de los tribunales jurisdiccionales de importantes asientos de minas.

Casi sin excepción todos los juzgados de la República destinan las primeras horas al despacho diario de secretaría, incompatible con las audiencias indicadas.

Después del despacho de secretaría, entra el de los comparendos ó audiencias de todo género, inclusive las audiencias de prueba.

¿Se querría establecer preferencia en estas audiencias para las causas verbales de comercio y de minas?

Pero hay tantos otros asuntos que según los casos reclamen urgencia.

Lo más práctico sería dejar las audiencias, como actualmente, á la prudencia del juez, ó disponer que *diariamente*, antes ó después del despacho ordinario de secretaría, haya una hora á lo menos para audiencias de juicios verbales ó sumarios y sesiones de prueba de cualquier fuero que sean.

Habría también en todo tribunal una audiencia pública diaria para oír reclamaciones, pedir citaciones verbales ó de testigos y demás diligencias meramente disciplinarias.

De consiguiente, valdría más suprimir el artículo 726 ó sustituírlo por otro en el lugar respectivo de este Código, por ejemplo en el título 1.º del Libro I, y en esta forma con el número de

ART. 7 *bis*. Diariamente, antes ó después del despacho ordinario de secretaría, los jueces letrados destinarán una hora á lo menos para audiencias urgentes ó de tra-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mitación verbal ó sumaria, sesiones de prueba, prefiriendo los asuntos de comercio. de minas y de aguas.

Habrá también una audiencia pública diariamente para oír reclamaciones, citaciones verbales de parte ó de testigos y demás medidas disciplinarias de carácter urgente.

ART. 728. Inc. 2.° La audiencia próxima á la primera comparecencia, para la prueba en lo principal *y la de tachas*, nunca será anterior *al segundo* día *hábil* después de la primera comparecencia.

Dos observaciones á este inciso:

a). El término de *dos* días entre ambas audiencias nos parece corto para reunir esa doble prueba.

b). Y ¿cómo se verificaría en dicha audiencia la prueba de tachas, si en la misma audiencia, conforme al inciso 4.°, han de expresarse las tachas y la admisibilidad de su prueba?

Luego la prueba de tachas no puede ser en la misma audiencia que la de lo principal.

El inciso 2.° quedaría en esta forma:

Para la prueba en lo principal (suprímase *y la de tachas)*, nunca será anterior *al tercer* (en lugar de segundo) día hábil después de la primera comparecencia...

Inciso 3.°...

Y ¿hasta cuántos testigos podrán presentarse? Podría señalarse hasta *seis* por cada parte. Quedaría en esta forma el inciso 3.°:

Los nombres de los testigos, *que no excederán de seis por cada parte*, y los demás medios justificativos...

Inc. 4.°: Si en la segunda audiencia se han de poner tachas y admitirlas, además de rendirse la prueba en lo principal, no sería posible en la misma audiencia recibir también la prueba de tachas, y habría necesidad de señalar con este objeto una tercera audiencia.

Del mismo modo que, según el inciso 7.°, puede el tribunal señalar más de una audiencia para la prueba de lo principal.

Dice el 4.° inciso: En la misma audiencia (la segunda) declarará el tribunal sobre cuál de estas tachas es admisible la prueba.

Agréguese:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Y para ello señalará otra audiencia especial ó la misma que se dispone en el inciso último de este artítulo.

ART. 732. Inc. 2.º Dice: "No habrá en ellos escritos de réplica y dúplica ni alegatos de bien probado sino cuando el tribunal ordene."

Léase: No habrá en ellos escritos de réplica y dúplica, *sino cuando haya reconvención;* ni alegatos de bien probado, sino cuando el tribunal lo ordene *ó lo pidan las partes de común acuerdo.*

ART. 734. ¿En qué término se pedirá el nombramiento de peritos para el reconocimiento de la avería?

El artículo no lo dice. Pero debiera ser antes de empezar la descarga ó en el puerto de arribada y dentro de veinticuatro horas. Agréguese en el inciso 3.º al final:

Y dentro de las 24 horas, en el puerto de arribada ó de su destino, después de admitido el buque á libre plática y antes de empezar toda descarga.

ART. 766. Son aplicables á estos juicios las disposiciones de los artículos 565 y 571 de este Código.

Dice este artículo, inciso 2.º: "Son aplicables á estos juicios las disposiciones de los artículos 565 y 571."

Pero el 571 dice: "Las cuestiones que acerca de ello se susciten se tramitarán *en vía ordinaria*..."

¿Se entenderá para los juicios de comercio en vía ordinaria *común*, ó en vía ordinaria *de comercio* sin escritos de réplica y dúplica y sin alegatos de prueba, como dispone el artículo 732?

Si lo segundo, la referencia debió ser al artículo 732; y si lo primero, habría manifiesta contradicción, desde que la vía ordinaria común, según el artículo 571, admite escritos de réplica y dúplica y alegatos de prueba.

El inciso 2.º quedaría en esta forma:

Son aplicables á estos juicios las disposiciones de los artículos 565 y 571 con la restricción impuesta en el inciso 2.º del artículo 732 de este Código.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 767. Para complemento del artículo debiera agregarse este otro 767 *bis*.

ART. 767 *bis*. Concluída la verificación ó vencido el término probatorio, si se hubiere recibido la causa á prueba, el tribunal citará para sentencia.

ART. 776. En este artículo ni en los siguientes nada se dice de la tramitación que deba darse al ramo de *proposiciones de convenio*.

¿Se adoptaría la tramitación comercial señalada en el título VI, libro 4.° del Código de Comercio?

Así parece según la referencia que se hace al artículo 1,454 de dicho Código; y como es lógico, no disponiéndose otro procedimiento en este párrafo.

Pero es menester una disposición expresa.

Al artículo se agregaría un 2.° inciso:

En lo demás se tramitarán las proposiciones de convenio conforme á lo dispuesto en el título VI, libro 4.° del Código de Comercio; sin perjuicio de lo que disponen los artículos siguientes:

ART. 777. Inc. 2.° Dice: «Dentro del plazo que señala el inciso 3.° del artículo 1,473 del Código de Comercio.»

Y este inciso dispone que los síndicos y el fallido contestarán en la audiencia siguiente al día en que venza el plazo indicado en el inciso primero, esto es, dentro de los *ocho días* siguientes al de la suscrición del convenio.

Es decir, que si la oposición ú oposiciones se hacen ó notifican el último día de los ocho, al día siguiente tienen que contestar los síndicos y el fallido.

Esto es absurdo é impracticable en los más de los casos.

Si para oponerse hay ocho días, es lógico que igual término haya para contestar.

El inciso 2.° del artículo de que se trata quedaría en esta forma:

Los síndicos y el fallido contestarán por escrito á todos ellos dentro de igual término al señalado para oponerse en el inciso 1.° del artículo 1,473 del Código de Comercio.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 782. Este artículo establece para los juicios de minas, cuya cuantía no pase de trescientos pesos, las disposiciones consignadas para los de comercio en los artículos 725, 726, 727, 728 y 729.

Creemos que mejor se habría armonizado con los *de procedimiento sumario;* puesto que los juicios de minas de más de trescientos pesos se tramitan como los ordinarios comunes, sin otra diferencia que la prueba pública.

Además, en los juicios de minas convendría restablecer el comparendo previo que disponía la antigua Ordenanza de minas.

Pero volviendo á la redacción del artículo 782.

¿Estarán comprendidos en la disposición del artículo los juicios posesorios y los ejecutivos de menos de trescientos pesos? Estamos por la negativa, pues dicha disposición comprende sólo los que se llaman propiamente ordinarios.

Y si hubiera de observarse la asimilación de tramitación que el artículo dispone para los juicios de minas como los de comercio, convendría modificar la redacción del artículo en esta forma:

Los juicios *ordinarios* de minas *que no versen sobre propiedad ó posesión de ellas*, y cuya cuantía no pase de trescientos pesos, se sustanciarán...

Y agregar un inciso 3.°:

Toda mina se presumirá de más de trescientos pesos para los efectos de la competencia y sustanciación del juicio.

ART. 783. Entre los ministros de fe inhibidos por este artículo para la prueba en juicios de minas deben comprenderse, conforme á los artículos 31 y 36 de la Ley de Organización de Tribunales, á los jueces de subdelegación y de distrito. Y por eso al inciso 1.° se haría esta modificación:

. . . . . .

no se podrá en estos juicios cometer el examen de testigos á ministros de fe *ni á jueces de subdelegación y de distrito, aunque residan fuera del lugar del asiento del tribunal que conoce de la causa*, sino en el caso de convenio de *las partes.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Otro inciso:

Pero podrá ser recibida la prueba por jueces de letras ó de primera instancia de otro departamento en que residan los testigos, en audiencia pública, como ante el tribunal de la causa. En este caso, la parte que lo solicita abonará á la otra la cuota que el tribunal designe como indemnización del comisionado para ir á presenciar la prueba y repreguntar.

El inciso 2.° del artículo está equivocado en las citas 301 y 302, debiendo ser 307 y 308. Y nada dispone cómo han de ser repreguntados los testigos informantes. El inciso sería en esta forma.

Inciso 3.°:

Las personas designadas en el artículo 307 de este Código prestarán su declaración en la forma establecida por el artículo 308, *poniéndose el informe en conocimiento de la otra parte, quien podrá presentar interrogatorio de repreguntas para que igualmente informen.*

NOTA. En este título se nota omisión respecto de la prueba en juicios de minas, no obstante que ella difiere de la de los juicios ordinarios, diferencias consiguientes á la publicidad y radicación de la prueba ante el tribunal de la causa. Por esto agregamos una serie de artículos para suplir esa omisión y la de otros trámites bajo el mismo número 783.

ART. 783 *a.* El número de testigos en juicios de minas no podrá exceder de diez por cada parte (1).

ART. 783 *b.* Los testigos obligados á declarar que no residan en el asiento del tribunal serán indemnizados con la cuota que el tribunal designe, según la distancia de ida y vuelta, tiempo empleado y ocupación del testigo, á costa de la parte que pidió su comparecencia.

Este pago lo decretará el tribunal verbalmente y sin

(1) Conforme con la ley de 24 de agosto de 1887, y antigua Ordenanza de Minas.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ulterior recurso, evacuada que sea la diligencia y á petición del testigo.

ART. 783 *c.* Si se nombraren peritos para informar ó practicar operaciones periciales, se practicarán éstas con citación y señalamiento de día al lugar de la mina, pudiendo la contra-parte nombrar también perito que concurra á la operación.

El informe, que deberá ser presentado antes del vencimiento del término de prueba, se pondrá en conocimiento de las partes, quienes podrán repreguntar sobre él, por medio de interrogatorio ó pidiendo la comparecencia del perito informante ante el tribunal de la causa á costa de la parte que lo solicite.

ART. 783 *d.* El secuestro podrá solicitarse en cualquier estado del juicio y se tramitará como incidente.

ART. 783 *e.* Al secuestro judicial y al interventor en su caso, si hubiere de constituírse en la mina, se le dará habitación y alimentos si los pidiere.

Y presentarán, trimestralmente, á lo menos, al tribunal, un estado de los trabajos, gastos y productos de la mina.

ART. 783 *f.* Si la mina en cuyo favor se solicita la visita prevenida en el artículo 110 del Código de Minería, no tuviere pertenencia demarcada ó linderos visibles por estar pendiente ó subordinada á la demarcación preferente de la mina sospechada de internación, se procederá no obstante al reconocimiento y visita que permite el referido artículo para los efectos del artículo 112 de mismo Código.

ART. 783 *g.* No obstante lo dispuesto en el artículo 205 del Código de Minería, en los juicios ejecutivos podrán ser embargados y rematados en subasta pública los yacimientos de las sustancias no enumeradas en el artículo 1.º, y que no son objeto del expresado Código.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 783 *h.* No obstante lo dispuesto en el artículo 206 del Código de Minería, mientras la mina rindiere productos con la regularidad de una prudente administración, no tendrá derecho el acreedor para tomarla en prenda pretoria.

ART. 783 *i.* Tomada la mina en prenda pretoria por el acreedor, éste presentará, semestralmente á lo menos, al tribunal que conoce del juicio, el estado documentado de gastos y producidos de la mina, con la liquidación del crédito y abonos hasta esa fecha.

ART. 783 *j.* La administración en prenda pretoria en poder del acreedor no podrá durar más de *treinta* años, aunque el crédito resultare no estar totalmente pagado.

TÍTULO XII.—*De los juicios de hacienda.*—No hay razón para no aplicar á los juicios de hacienda *el procedimiento sumario* de fuero común en juicios que no exceden de trescientos pesos.

Este procedimiento debiera ser uno mismo, sea en juicio ordinario común, de minas, de hacienda, etc.

Y establecería sólo las siguientes diferencias:

En juicios de hacienda y de minas:

1.º Que la demanda y contestación á ella sean por escrito, y

2.º Que la prueba testimonial sea producida ante el juez de la causa.

En juicios de hacienda,
Además:

1.º Que se oiga en primera instancia al ministerio público si el fisco no estuviere representado por el promotor fiscal; y al fiscal de hacienda en segunda instancia; y

2.º Que se eleve la causa en consulta si el fisco fuere condenado y no se hubiere apelado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En causas de minas,
Además:

Que se cite á comparendo, antes de ser contestada la demanda.

De consiguiente quedarían suprimidos los artículos 785 á 788; y subsistentes como están los artículos 789 y 790.

NOTA:—En este lugar debiera haber un título que trate

De los juicios de Comisos.—Con respecto á estos juicios podrían establecerse las siguientes disposiciones:

1.º Con el denuncio y documentos justificativos que presentare el jefe de la aduana respectiva, el tribunal citará á una audiencia, que tendrá lugar tres días á lo menos desde la notificación del denunciado ó acusado de comiso.

2.º La audiencia empezará con la lectura de los antecedentes, y oídos el interesado y el representante fiscal, el tribunal resolverá ó recibirá la causa á prueba por un término que no exceda de quince días, salvo que la prueba hubiere de rendirse en otro departamento de la República, que se ampliará por el término de ordenanza.

3.º La prueba se rendirá como en las causas de hacienda.

4.º Terminado el probatorio, el tribunal, de oficio ó á petición de parte, citará para sentencia y resolverá después de tres dias, pudiendo dentro de este término presentar las partes una exposición escrita de su derecho.

5.º En segunda instancia, viniendo en consulta, se pondrá en tabla, vencido el término de emplazamiento y sin aguardar la comparecencia de las partes.

Y en grado de apelación se tramitará como las causas ordinarias oyendo al fiscal de hacienda.

ART. 796. Y ¿por qué no habría recurso de casación en el fondo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

contra las sentencias inapelables en juicios de menos de trescientos pesos y en los de mínima cuantía de menos de veinte, si hay contra ellos el recurso de casación en la forma?

Si no hay el recurso ordinario de apelación, debía haber el extraordinario de casación.

Contra una sentencia arbitral, según el artículo 187 de la Ley de Organización de Tribunales, hay los recursos de apelación y de casación.

Luego las sentencias inapelables en los referidos juicios debían comprenderse en el artículo 796, el cual quedaría en esta forma:

El recurso de casación *en el fondo*, sólo tiene lugar contra las sentencias inapelables de las Cortes de Apelaciones, y contra las sentencias en juicios de menos de trescientos pesos, ó de mínima cuantía de menos de veinte.

ART. 798. Dice el artículo:

El término para interponer el recurso de casación es de *diez* días fatales.

Mucho plazo nos parece y además contradictorio con el de *cinco* días para el recurso de apelación.

No quedaría ejecutoria una sentencia no apelada en los cinco días, si ha de quedar en suspenso todavía hasta aguardar los *diez* días de la casación.

Ni aun se daría curso á la apelación ni se elevarían los autos hasta esperar el término del otro recurso.

En las sentencias inapelables, no habría inconveniente para señalar diez días, pero este plazo es demasiado para el objeto; al contrario retardaría en los más de los casos la ejecución de las sentencias, favoreciendo al litigante de mala fe.

Es más lógico interponer los dos recursos en el mismo plazo de *cinco* días fatales, siempre que la sentencia sea apelable, como se hace hoy con los recursos de apelación y nulidad.

Quedaría el artículo en esta forma:

El término para interponer el recurso de casación es de *cinco días* fatales, *y se interpondrá conjuntamente con el de apelación contra las sentencias en que procede de derecho este último recurso.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 803. Según este artículo, si la Corte Suprema invalidare una sentencia *por casación en el fondo*, acto continuo *del auto de casación* y *sin nueva vista de la causa*, dictará sentencia sobre la cuestión materia del juicio.

De modo que en una misma vista conoce de la casación y de la cuestión materia del juicio; y de consiguiente, los abogados tendrán que alegar en la misma vista sobre ambos puntos.

Pero el auto de casación, como acto separado de la sentencia que haya de dictarse, ¿se notificaría antes de la sentencia ó sólo conjuntamente con ésta?

Optamos por la notificación conjunta después de la sentencia, porque antes sería conocer de antemano el fallo del tribunal.

Por lo que sería más correcto que la casación y la sentencia sobre lo principal fueran dictadas en un mismo acto, y no en dos actos separados, aunque sean continuos.

El artículo quedaría en esta forma:

Si el recurso es de casación *en el fondo*, el tribunal lo tramitará con un escrito por cada parte, como en sentencia definitiva, y en una misma vista de la causa conocerá de la casación y de la cuestión materia del juicio.

Si hubiere lugar á la casación, se pronunciará sobre ambas cosas en la misma sentencia.

Y en el caso contrario, dictará sentencia declarando sin lugar la casación.

ART. 804. Relacionando este artículo con el anterior, el inciso 1.° de este artículo se modificaría así:

Inciso 1.°:

Si el recurso es de casación *en la forma*, se tramitará sin escritos, como para los incidentes ó artículos, sin entrar á conocer de la cuestión materia del juicio; y la sentencia que declare la casación, si hubiere lugar á ella, determinará también el estado en que debe quedar el proceso, el cual se remitirá para su conocimiento al tribunal correspondiente.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El inciso 2.° del artículo queda como está. Y se agregaría otro inciso 3.°:

Si no hubiere lugar á la casación, se dictará sentencia declarándolo así, y se mandará devolver el proceso al tribunal de su origen.

ART. 806. No conviene tantas causales de casación en juicios de menor y mínima cuantía. Debiera suprimirse la causal 5.ª

ART. 813. Trámites sustanciales en los juicios de mayor cuantía en primera ó única instancia.

Los de *única* instancia son los que no exceden de *trescientos* pesos. Y en ninguna parte está dispuesta la tramitación de estos juicios civiles. (Sólo la hay para los de comercio cuya cuantía no pasa de trescientos pesos.)

Los de trescientos pesos abajo convendría someterlos al procedimiento sumario del título VIII del Libro 3.° de este Código.

Por consiguiente, no debieran ser los mismos trámites sustanciales en juicios de breve tramitación inapelable, que en juicios apelables de mayor cuantía y de tramitación ordinaria.

Los designados en el artículo 813, se entenderían para los juicios ordinarios civiles de más de trescientos pesos.

Actualmente hay un procedimiento verbal especial en los juicios *hasta mil* pesos.

Y para los juicios que no excedan de *trescientos* pesos, bastaría considerar como sustanciales los trámites 1.°, 2.° y 5.° del expresado artículo, que quedaría en esta forma:

En general son trámites ó diligencias sustanciales en la primera instancia (1) de los juicios de mayor cuantía. (Todos los enumerados en este artículo.)

Inciso final.

Los enumerados bajo los números 1, 2 y 5 se tendrán como sustanciales en los juicios cuya cuantía no exceda de trescientos pesos; y estos juicios se tramitarán según

(1) Queda suprimido *ó en la única* instancia...

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el procedimiento sumario del título VIII, libro 3.º de este Código.

ART. 814. En juicios ante los arbitradores se tendrán como trámites sustanciales, en silencio de las partes, los de los números 1.º y 4.º del artículo anterior.

Convendría agregar el del número 5.º

Y ¿se comprenden en este artículo los juicios ante los árbitros? Parece que nó. Estos juicios deben seguir la regla de los ordinarios.

Debiera suprimirse la expresión *de mayor cuantía*, desde que aun los de menor cuantía pueden ser sometidos á arbitraje.

El artículo se leería así:

En *los juicios seguidos ante los arbitradores* son trámites sustanciales los que las partes expresaren en el acto constitutivo del compromiso; y si nada hubieren expresado acerca de este particular, sólo los comprendidos en los incisos 1.º, 4.º y 5.º del artículo precedente.

Y agregar un inciso 2.º:

En los juicios seguidos ante árbitros de primera ó única instancia se tendrán como sustanciales los mismos que para los juicios de mayor cuantía se enumeran en el precitado artículo 813.

ART. 815. Agréguese al final:

Y la disposición legal que establece la causal.

ART. 822. Recibir á prueba la causal de casación nos parece improcedente, tratándose de casación *en la forma*.

Á lo más podría recibirse sobre la casación en el fondo, ya que el tribunal supremo puede resolver sobre la cuestión materia del juicio.

En consecuencia, quedaría el artículo en esta forma:

Si necesitare de prueba la causal alegada para la casación en el fondo, el tribunal abrirá un término de prueba por vía de justificación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 824. Dice el artículo: «En la segunda instancia de los juicios de mayor cuantía.»

Léase: En la segunda instancia de los juicios *ordinarios* de mayor cuantía...

¿Cuándo son rebeldes en expresar agravios ó en contestarlos?
¿Y lo mismo en contestar al escrito de adhesión á la apelación?
Con más propiedad debiera decirse:

2.º El decreto de mandar expresar agravios en los casos que la ley dispone este trámite, y el traslado de la expresión de agravios;

3.º La agregación de los instrumentos presentados por las partes con citación de éstas; y

4.º El traslado del escrito de adhesión á la apelación y su notificación.

Debiera suprimirse la causa del número 1.º, porque como hemos dicho en otro lugar, la citación y emplazamiento para seguir el recurso ante el superior, debe hacerse por el juez *a quo*, ante quien se interpone el recurso.
El artículo quedaría en esta forma:

Son trámites ó diligencias sustanciales en la segunda instancia de los juicios *ordinarios* de mayor cuantía:

1.º El *decreto de mandar expresar agravios* en los casos en que la ley dispone este trámite y *el traslado* de la expresión de agravios, si la parte los expresare;

2.º La agregación de los instrumentos presentados por las partes *con citación* de la contra-parte;

3.º El traslado del escrito de adhesión á la apelación, y

4.º La citación para sentencia definitiva ó decreto de autos para la vista de la causa.

ART. 825. Dice el artículo: «Contra sentencia de segunda instancia, es menester...»

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Léase: "Contra sentencia de segunda instancia *en juicios de mayor cuantía*, es menester..."

ART. 826. La consignación actual para el recurso de nulidad puede llegar hasta trescientos pesos y esta designación fué hecha en el año 1837. Ahora, cincuenta años más, sería una pequeñez para los litigantes de mala fe.

Para la casación en el fondo, la consignación no puede ser menos de *doscientos* á *mil* pesos;

Para la casación en la forma, de *ciento cincuenta* á *quinientos* pesos.

Y para ambas conjuntamente, la consignación primera más la mitad (no el tercio) de la segunda. El artículo quedaría en esta forma:

En el caso de la casación *en el fondo*, la consignación debe ser de doscientos pesos si la cuantía no pasa de seis mil pesos, de cuatrocientos si no pasa de diez mil, y así gradualmente se aumentará la consignación en cien pesos más por cada cinco mil pesos que la cuantía exceda sobre los diez mil, hasta llegar á mil pesos como máximun de la consignación, cualquiera que sea la cuantía.

En el caso de casación *en la forma*, la consignación será la mitad de la anterior y en la misma proporción.

Y si se interpusieren conjuntamente los recursos de casación en el fondo y en la forma, la consignación será de una cantidad equivalente á toda la consignación de la del primero más la mitad de la del segundo.

Agréguese otro artículo:

ART. 826 *bis*. Contra sentencias inapelables en juicios de mayor cuantía que no exceden de trescientos pesos, la consignación será de cincuenta pesos.

Contra las sentencias de segunda instancia en juicios de menor cuantía será de treinta pesos, y de cinco pesos si fuere de mínima cuantía.

Especialidades de algunos juicios.—*Del divorcio y nulidad de matrimonio.*—ARTÍCULO PRIMERO. Interpuesta la demanda se con-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ferirá traslado de ella y sin perjuicio se citará á una comparecencia personal de las partes, que podrá tener lugar, según los casos, en casa de una de ellas.

En esta comparecencia el tribunal insinuará especialmente la conveniencia de un avenimiento, y si no lo hubiere, dejando constancia de ello, mandará regir el traslado de la demanda, siguiéndose el juicio en la forma ordinaria.

De la expropiación de bienes

ART. 2.° Si el avalúo practicado administrativamente de la propiedad expropiada fuere reclamado ante los tribunales de justicia, la reclamación será puesta en conocimiento de la otra parte, citándolas á una audiencia para nombrar peritos, uno por cada parte y un tercero nombrado por el tribunal.

En caso de desacuerdo, se tendrá como avalúo el término medio de las tres tasaciones.

El término para reclamar del avalúo administrativo ante la justicia ordinaria, es el de un mes.

ART. 3.° Si la justicia ordinaria hubiere prevenido en el conocimiento de la demanda de expropiación ó de avalúo, se suspenderá mientras tanto todo procedimiento administrativo sobre el mismo asunto.

ART. 4.° Objetado el derecho de expropiación total ó parcialmente, ó suscitada contienda sobre la propiedad sujeta á expropiación, se suspenderá todo avalúo, administrativo ó judicial, mientras se tramita el juicio en vía ordinaria.

ART. 5.° No se dará en ningún caso la posesión de la cosa expropiada, sin haberse pagado el precio y demás indemnizaciones designadas por la justicia, ó sin consignarse á lo menos en un banco ó arcas fiscales, si hubiere sido hecha la designación administrativamente.

La posesión sin más título que la designación administrativa se entenderá provisional.

ART. 883. Inciso 2.° dice: «En representación *de los que residan en país extranjero* se citará al defensor de ausentes»...

Y ¿por qué no en representación también de los que residen en cualquier otro departamento de la República? desde que para proceder al inventario basta la citación de los que residen en el departamento.

El inciso quedaría mejor en esta forma:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Se citará también al defensor de ausentes en representación de los que residan fuera del departamento ó en país extranjero, á menos que por ellos se presente procurador con poder bastante, ó puedan, según la distancia del departamento, ser citados antes del día señalado para practicar el inventario, sin que se paralice por falta de esta citación.

ART. 886. Dice: «Concluído el inventario, se protocolizará en el registro del notario.»

Y para protocolizarlo ¿se desglosaría de los autos y se dejaría copia en éstos ó sólo constancia del desglose, pudiendo tomarse del registro las copias que se necesitaren?

Oneroso sería en herencias de poco valor.

La razón de la protocolización existirá también respecto de un laudo ó sentencia arbitral de partición que, sin embargo, queda original en los autos sin copiarse siquiera en el libro de sentencias.

Aunque respecto de las adjudicaciones de bienes raíces hay el requisito de la *inscripción* en el conservador.

Respecto á testamentos, en el artículo 888 se exime de la publicación cuando la cuantía de la herencia no pasa de *cinco mil* pesos.

Podría establecerse igual excepción respecto al *inventario*, fijando un límite más alto, por ejemplo, *diez mil* pesos.

Se agregaría al artículo 886 este inciso 2.º:

Este precepto no tiene lugar respecto de las herencias ó acervos de bienes cuya cuantía no pase de *diez mil* pesos.

ART. 888. Dice: «El testamento *abierto* que el testador no hubiese protocolizado en vida será presentado al Tribunal para su *publicación* dentro del plazo de noventa días.»

. . . . . .

¿Á cuáles testamentos *abiertos* se refiere este artículo?

Y ¿serán presentados para su *publicación*, como dice el artículo ó para su protocolización?

No puede ser de los otorgados ante escribano, por estar ya protocolizados. Tampoco de los otorgados sólo ante testigos, porque de éstos trata el artículo 889.

¿Se referirá á los otorgados ante juez de primera instancia ó de sub-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

delegación? Seguramente, pero el plazo de noventa días para su presentación debe ser con el objeto de ser protocolizado y nada más, aunque respecto de estos testamentos el Código Civil no exige esa formalidad.

Acaso el plazo de noventa días para su presentación es para suplir el silencio del artículo 1,020 del Código Civil, que no fija plazo para la publicación de los testamentos otorgados sólo ante testigos.

De todos modos conviene hacer la aclaración respectiva, que podría ser en esta forma:

El testamento abierto *no otorgado ante notario*, que no hubiere sido protocolizado en vida por el testador, será presentado al Tribunal con ese objeto dentro del plazo de noventa días contados desde la apertura de la sucesión.

El inciso 2.° Como está en el artículo.

ART. 889. Agréguese un segundo inciso:

Para la publicación prevenida en el inciso precedente será presentado el testamento al Tribunal dentro del mismo plazo señalado en el inciso 1.° del artículo anterior.

ART. 893. Falta en este artículo el otro caso de caducidad del testamento verbal, que se establece en el artículo 1036 del Código Civil. Y debe agregársele al final lo siguiente:

Ó si el testador hubiere fallecido después de los treinta días subsiguientes al otorgamiento del testamento.

ART. 895. En conformidad de los artículos 955 y 1,222 del Código Civil, debiera empezar el artículo con esta frase:

Desde el momento de fallecer una persona, si el albacea ó cualquier interesado...

Otro artículo que fije el término desde el cual puede procederse al inventario:

ART. 895 *bis*. Puede procederse al inventario de los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

bienes de una persona difunta, tres días después de su fallecimiento, sin perjuicio de las diligencias de guarda y aposición de sellos prevenidas en los artículos precedentes.

ART. 897. Las diligencias de guarda y aposición de sellos son diligencias urgentes para prevenir el extravío de bienes, sobre todo no siendo conocido el administrador ó tenedor legítimo de los bienes de la sucesión.

Por eso al artículo convendría agregar al final:

...si fuere conocido y bajo recibo certificado por el funcionario comisionado para la diligencia.

TÍTULO IX.— *De la insinuación de donaciones.*—Otro artículo que designe la tramitación de estas solicitudes.

ART. 908 *bis.* La solicitud de insinuación prevenida en el artículo precedente se pondrá en conocimiento del donante, si en el título no estuviera facultado el donatario para hacer por sí sólo la insinuación.

ART. 909. Como la citación puede dar lugar á oposición, se encabezará el artículo en esta forma:

Tres días después de la notificación enunciada y no habiendo oposición escrita, el Tribunal, según la apreciación...

Y se agregará un inciso 2.°:

Si hubiere oposición, se tramitará como incidente ó como juicio ordinario según corresponda.

Para que el defensor preste su consentimiento, convendría exigir algún antecedente que lo justifique. Por ejemplo, una tasación ó escritura de venta anterior.

El artículo se completaría con un inciso 2.°:

El defensor prestará su consentimiento, con vista á

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

lo menos de una tasación ó escritura anterior que exprese el valor de los bienes, ú otro justificativo análogo.

ART. 915. Dice: "Aprobada la tasación. . ."

Léase: Aprobada *judicialmente* la tasación. . .

ART. 916. Dice: "Por carteles que se fijarán en el oficio del secretario durante ocho días. . ."

Léase: Por carteles que se fijarán en el oficio del secretario *á lo menos* durante ocho días. . .

ART. 917. Es la misma disposición contenida en el artículo 471 de este Código.

Sería lógico agregar la misma excepción establecida en el artículo 914.

Y el inciso 2.° quedaría así:

La oferta mínima de los dos tercios deberá hacerse al contado, *salvo acuerdo de los interesados* y del respectivo defensor, como en el caso del artículo 914.

ARTS. 920 y 921. Estos dos artículos deben suprimirse, porque en el *juicio ejecutivo* está dispuesto el procedimiento para los casos que se mencionan en los referidos artículos.

El artículo 920 es la reproducción del artículo 473; y el 921 es la reproducción del 475.

ART. 922. Igual cosa sucede con el artículo 922, que no es sino la reproducción del artículo 544.

Ó se suprimen los tres artículos ó bastará que cada uno de ellos se refiera respectivamente á los artículos 473, 475 y 544.

ART. 928. Incisos 3.° y 4.° dicen: Y no se oirá reclamación alguna contra la operación en que el perito rectificare la tasación. También es irreclamable el justiprecio hecho por el juez en virtud de reclamo á la primera tasación.

Sin duda con esto no tiene lugar segunda rectificación ni más nombramiento de peritos, pero no dejan de ser apelables, así la resolución en que se da ó niega lugar á la rectificación, como la en que el tribunal fija *definitivamente* el justiprecio.

Se modificará el artículo en el inciso 3.°:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

...y no se oirá más reclamación para nombrar nuevos peritos que la rectifiquen.

En el inciso 4.º:

Será también irreclamable para los efectos indicados en el inciso precedente el justiprecio designado por el tribunal cuando no dispusiere la rectificación por peritos.

Y agréguese un inciso 5.º:

En todo caso, la resolución del tribunal es apelable, si lo fuere en el asunto principal.

ART. 931. Para objetar la tasación en negocios *no* contenciosos, este artículo concede *seis* días, mientras que el artículo 926, en negocios contenciosos, concede para objetar sólo *tres* días.

No hay razón justificativa para esta diferencia de plazo.

Si el defensor público, según el inciso 2.º del artículo 930, tiene derecho para sacar de la oficina de tasación por tres días y si los demás pueden tener otros tres para impugnarla, el plazo para éstos quedaría ilusorio no devolviéndose cumplidamente la tasación, como sucedería con frecuencia.

El plazo, sea de tres ó cinco días á lo más, debiera ser uno mismo, sea ó no contencioso el negocio.

Bastaría modificar el artículo en esta parte:

Si no se objetare la tasación *en el término señalado en el artículo 926*, la aprobará el tribunal.

ART. 936. Dice: "Transcurridos los treinta días del edicto, el tribunal abrirá un término de prueba". . .

Pero no señala la duración de ese término. ¿Podrá ser todo el ordinario?

De un modo imperativo es el señalamiento de término, y si el interesado hubiere probado su derecho con los documentos acompañados, ¿qué necesidad habría de término de prueba? á no ser para que durante él puedan oponerse otros interesados, si los hubiere.

De todas maneras, según el artículo, deberá recibirse á prueba, lo que nos parece improcedente; pero siempre habrá necesidad de precisar la duración del término de prueba.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El artículo sería en esta forma:

Transcurridos los treinta días del edicto, *sin haber opositor, lo que certificará el actuario, agregando el edicto á los autos,* el tribunal abrirá un término de prueba, *que podrá ser hasta todo el ordinario, á petición del compareciente;* para que acredite su derecho.

ART. 938. Agréguese al final del artículo:

...y sin perjuicio de tercero de mejor derecho.

ART. 939. Dice: "2.ª Transcurrido el término del edicto, se recibirá la causa á prueba sin previa discusión". . .

Es decir que los escritos de los contradictores se agregarán simplemente á los autos, á lo menos *con citación.*

Léase: Transcurrido el término del edicto, se recibirá la causa á prueba sin previa discusión sobre el derecho de los comparecientes, *agregándose los escritos de oposición á los autos con citación de los demás.*

Dice en el número 5.º: "Unida la prueba á los autos, presentarán las partes sus alegatos."

Y ¿qué no hay en estos juicios el derecho de tachar á los testigos?

Creo que sí, como en el juicio ordinario. Quedaría en esta forma el número 5.º:

Unida la prueba á los autos, *incluso la de tachas si hubiere habido lugar á ellas,* presentarán las partes sus alegatos dentro del término legal y en el orden en que hayan comparecido al juicio *sin conferirse mutuamente traslado de ellos.*

Al vencimiento del término que corresponda al último alegato, de oficio ó á petición de parte, se citará para sentencia.

ART. 943. Este artículo dispone la audiencia ó dictamen del ministerio público sobre la *admisibilidad* de la información.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El artículo 944 dispone que los testigos sean examinados *con citación* del mismo ministerio.

Y por fin el artículo 945 dispone segunda vista al ministerio público para *la aprobación* de la sumaria.

Notamos mucho recargo de ministerio público. No habría inconveniente en suprimir la primera vista y, de consiguiente, el artículo 943.

Pero quedaría subsistente para la solicitud de información y examen de los testigos la citación del ministerio público; y del mismo modo quedaría subsistente la vista dispuesta en el artículo 945.

De consiguiente, el artículo 943 y el 944, quedarían refundidos en esta forma:

ART. 944. Inciso 1.°:

La solicitud de información será admitida con citación del ministerio público, quien será igualmente citado para el examen de los testigos que el interesado presente.

JOSÉ RAVEST

PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

(Continuación)

Practicarán este registro los alcaides de las cárceles por sí mismos ó por medio de sus subalternos.

Véase artículo 115.—(SEIJAS, *Teoría de Inst. Judiciarias.)*

ART. 120. Puede asimismo el tribunal ordenar la detención de la correspondencia privada, postal ó telegráfica, que el procesado remitiere ó recibiere, y su apertura y examen, siempre que hubiere indicios para creer que por este medio puede obtenerse el descubrimiento ó la comprobación de algún hecho ó circunstancia de la causa.

Este decreto se hará saber al jefe de la oficina de correos y á

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

los de la de telégrafos para que hagan la suspensión y entrega bajo recibo, con arreglo á lo que el mismo decreto disponga.

ART. 121. De la misma manera podrá el tribunal ordenar que por cualquiera administración de telégrafos, se le faciliten copias de los telegramas por ellas transmitidos, si los estimare convenientes para el descubrimiento ó comprobación de los hechos de la causa.

ART. 122. Para la apertura y registro de la correspondencia postal será citado el interesado.

Este ó la persona que designe podrá presenciar la operación.

ART. 123. Si el procesado estuviere ausente, ó, si citado para la apertura no ocurriere á presenciarla ni designara persona que lo haga á su nombre, el tribunal procederá, sin embargo, á la apertura de la correspondencia.

ART. 124. El juez abrirá por sí mismo la correspondencia; y después de leerla para sí, apartará la que haga referencia á los hechos de la causa y cuya conservación considere necesaria. Tomará en seguida las notas necesarias para la práctica de las diligencias de investigación á que la correspondencia diere lugar, rubricará y hará que los asistentes rubriquen los sobres y hojas, los sellará con el sello del tribunal, y, encerrándolo todo en otro sóbre al cual pondrá el rótulo necesario, lo conservará en su poder durante el sumario bajo su responsabilidad.

Este cierro podrá abrirse cuantas veces lo estime conveniente el tribunal, y cada vez que se abra se citará al interesado para que presencie la operación.

ART. 125. La correspondencia que no se relacione con la causa será entregada en el acto al procesado ó á su representante.

Si aquél no estuviere presente, será devuelta á la oficina de correos.

ART. 126. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los tratados internacionales.

ART. 127. Cuando del examen á que los artículos precedentes se refieren resultare la invención de un crimen ó simple delito, que no sea de los señalados en los artículos 7 y 8, ó de sus pruebas, aunque dicho crimen ó simple delito no haya sido ob-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

jeto directo del examen, el tribunal extenderá á él sus investigaciones, si resultaren indicios contra el mismo procesado (ó del reconocimiento) y procederá á la instrucción del correspondiente sumario; en el caso contrario, extendiendo siempre acta expresiva del motivo y modo en que fué hecha la invención.

Si esta invención se refiere á alguno de los delitos expresados en los artículos 7 y 8, nada podrá hacerse, ni aun revelar el descubrimiento.

§ IV

De los instrumentos

ART. 128. Para que los instrumentos públicos sean eficaces en juicio, se requiere la observancia de las reglas siguientes:

1.ª Los que hayan sido traídos al proceso sin citación han de cotejarse con los originales, si los hay y la parte contra quien se presentan lo pide;

2.ª Los testimonios ó certificados deben ser dados por el encargado del archivo, oficina ó registro en que se hallen los originales ó por el secretario del juicio;

3.ª Si se pidiere ó se mandare agregar de oficio el testimonio de parte solamente de un instrumento, y alguna de las partes solicitare que se agreguen otras partes del mismo instrumento, se adicionará con ellas el testimonio.

ART. 129. El cotejo de instrumentos se hará por el funcionario que hubiere autorizado el presentado en juicio, por el secretario del tribunal, ó por el ministro de fe que el tribunal designe.

ART. 130. Los instrumentos extendidos en lengua extranjera que el querellante ó el reo trajesen al juicio, se presentarán con su traducción. Y, si la parte contra quien se aducen lo pide, la traducción será revisada por un perito nombrado por el tribunal.

Los que se mandaren agregar de oficio ó á petición del ministerio público, serán traducidos por un perito nombrado por el tribunal ó por el oficial encargado de esta función en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 131. Los instrumentos privados que contengan hechos ó circunstancias importantes para la causa, serán reconocidos en la forma prescrita en el artículo 167, por las personas por quienes aparecen escritos ó firmados.

Empero, si pareciere que la exhibición de estos instrumentos á tales personas hubiese de frustrar las diligencias del sumario, se podrá, entretanto, establecer la procedencia ú origen de dichos instrumentos por medio de declaraciones de testigos que conozcan la letra y la firma de la persona ó personas á quienes ellos se atribuyen.

ART. 132. Pueden los tribunales encargados de la administración de justicia en lo criminal, decretar la exhibición de instrumentos privados de propiedad particular, aunque no pertenezcan á los inculpados, siempre que lo estimen necesario para la comprobación de un hecho importante en el juicio de que conocen.

ART. 133. No están obligados á la exhibición de instrumentos privados que tuvieren en su poder:

1.º Los abogados, notarios, procuradores, médicos, ú otra persona á quienes tales documentos se hubieren entregado confidencialmente en el ejercicio de su profesión ú oficio;

2.º El cónyuge del reo, los ascendientes ó descendientes legítimos ó ilegítimos reconocidos del mismo, sus colaterales legítimos dentro del cuarto grado de consanguinidad, sus hermanos naturales, su pupilo ó su guardador.

Lo cual no se entiende del caso en que el juicio se siguiere también contra estas personas.

§ 5.º

De las declaraciones de los testigos

ART. 134. Todos los que residan en territorio chileno y que no se hallaren comprendidos en las excepciones legales, están obligados á concurrir al llamamiento judicial, para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado, si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la ley.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

ART. 135. No están obligados á declarar como testigos las personas expresadas en el artículo 133, en los casos á que este artículo se refiere.

ART. 136. No están obligados á concurrir al llamamiento judicial que expresa el artículo 134:

1.º El Presidente de la República, los ministros de Estado, los intendentes, los gobernadores de departamento, los miembros de la Corte Suprema ó de alguna Corte de Apelaciones, los fiscales de estos tribunales, los jueces letrados, los generales, el arzobispo, los obispos, los vicarios capitulares, los provicarios ni los párrocos;

2.º Las personas que gozan en el país de inmunidades diplomáticas;

3.º Los religiosos y religiosas, inclusos los novicios y las novicias;

4.º Los que por enfermedad ó por cualquier otro impedimento calificado por el tribunal se hallaren en la imposibilidad de hacerlo.

ART. 137. Las personas comprendidas en el número 1.º del artículo precedente, prestarán su declaración por medio de informe y expresarán que lo hacen bajo la religión del juramento que la ley exige á los testigos. Pero los miembros y fiscales de las Cortes y los jueces letrados que ejerzan sus funciones en el asiento de éstas, no declararán sino previo permiso de la Corte Suprema, si se trata de algún miembro ó del fiscal de este tribunal; ó de la respectiva Corte de Apelaciones, en los demás casos. Este permiso se concederá siempre que no pareciere al tribunal, que sólo se trata de establecer del juez ó fiscal presentado como testigo, una causa de recusación.

Las personas comprendidas en el número 2.º declararán también por medio de informe y con el juramento expresado si se prestan voluntariamente á declarar. Pero no se podrán excusar los chilenos que ejerzan en el país funciones diplomáticas por encargo de un Gobierno extranjero.

Las comprendidas en los dos últimos números serán examinadas en su convento ó casas de habitación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 138. El tribunal hará concurrir á su presencia, y examinará á los testigos citados en la denuncia ó querella, ó en cualesquiera otras declaraciones ó diligencias, y á todos los demás que supieren hechos ó circunstancias, ó poseyeren datos convenientes para la comprobación ó averiguación del delito y del delincuente; pero omitirá la evacuación de citas impertinentes ó inútiles.

Véase el artículo 421 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

ART. 139. El tribunal mandará dar orden de citación para cada persona designada como testigo que no se encuentre en los casos de los artículos 136 y 140.

Esta orden, que contendrá la expresión del juicio en el cual han de prestarse la declaración, el día y hora en que debe tener lugar la comparecencia, será manuscrita y entregada al testigo por un ministro de fe. Pueden para este efecto ejercer las funciones de ministros de fe, no sólo los jueces de subdelegación ó de distrito, sino también el portero del tribunal y los agentes de la policía de seguridad.

Al testigo que estando presente en el lugar del juicio, no se le pudiere, sin embargo, entregar la orden después de habérsele buscado dos veces en diversos días ó en uno mismo con intervalo de cuatro horas, se le citará, previo decreto judicial, en la forma de una notificación por cédula.

La citación personal puede ser hecha en cualquier lugar en que el testigo sea habido.

Practicadas las diligencias á que se refiere este artículo, el ministro de fe encargado de ellas pondrá en el expediente un certificado en el cual expresará las órdenes de citación que hubiere entregado con especificación de la fecha en que tuvo lugar cada una de estas diligencias.

Al testigo que legalmente citado no compareciere á la audiencia ó que compareciendo se negare á declarar, se le impondrá una multa de diez á cien pesos ó prisión de uno á sesenta días, á menos que justifique haber estado en la imposibilidad de concurrir.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Si reincidiere, se le impondrá nueva multa proporcionada á sus facultades, y prisión de uno á sesenta días.

ART. 140. Los testigos residentes fuera del territorio del tribunal de la causa serán examinados por el de su residencia, en virtud de exhorto comprensivo de los hechos y citas acerca de los cuales debe ser interrogado.

ART. 141. Si el testigo no tuviere domicilio conocido ó se ignorare su paradero, el tribunal ordenará lo conveniente á los funcionarios de policía, y, si éstos tampoco pudieren averiguar el paradero del testigo, se publicará la orden de citación en el periódico que el tribunal designe.

ART. 142.—Los testigos no exceptuados pueden ser apremiados á declarar en la forma prevenida al final del artículo 139.

ART. 143.—Los testigos mayores de catorce años declararán bajo juramento.

Los menores de esta edad en la forma que el tribunal crea conveniente.

ART. 144.—Inmediatamente después de juramentado el testigo, el tribunal le instruirá de la obligación que tiene de ser veraz y de las penas con que la ley castiga el delito de falso testimonio en causa criminal.

Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

ART. 145.—Salvo los casos de excepción establecidos por la ley, los testigos declararán separada y secretamente en presencia del juez y del secretario.

ART. 146.—El testigo manifestará primeramente su nombre, apellidos paterno y materno, edad, estado y profesión, la casa en que reside, si conoce ó nó al procesado y al querellante y si tiene con ellos parentesco, amistad ó relaciones de cualquiera otra clase.

Al testigo que no sea de referencia le dejará el tribunal narrar sin interrupción los hechos sobre los cuales declara y solamente le exigirá las explicaciones complementarias que sean conducentes á desvanecer los conceptos oscuros ó contradictorios.

Despues le dirigirá las preguntas que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Cuando lo estime necesario, podrá también el tribunal interrogar al testigo si ha estado alguna vez preso y cuál ha sido el resultado del proceso á que estuvo sometido.

Véanse el artículo 436 de la Ley de España, y 166 de la de Austria.

ART. 147.—Los testigos de referencia deben ser examinados al tenor de las citas que de ellos se haya hecho.

Al efecto se les leerá íntegra la parte de la declaración en que se les cita y se les harán todas las declaraciones que sean convenientes en caso que duden acerca de la inteligencia de la declaración del que les cita. Instruídos de esto, contestarán afirmativa ó negativamente sobre los hechos; y, si agregaren algunos esclarecimientos, se expresarán en la diligencia que se extienda, conforme á lo dispuesto en el artículo 155.

Artículos 246 y 248 del Proyecto del señor Reyes.

ART. 148. El testigo debe explicar circunstanciadamente los hechos sobre los cuales declara, y expresar la razón en que se funda para deponer en la forma que lo hace.

Si no expresare razón alguna, se consignará esta circunstancia en la declaración.

Véanse los artículos 251 y 252 del Proyecto del señor Reyes.

ART. 149. Los testigos declararán de viva voz, sin que les sea permitido leer declaración, ni respuesta alguna que lleven escrita.

Sin embargo, podrán consultar apuntes ó memorias que contengan datos difíciles de recordar.

Artículo 437 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

ART. 150. El tribunal podrá mandar que se conduzca al testigo al lugar en que hubieren ocurrido los hechos y examinarle allí ó poner á su presencia los objetos sobre los cuales hubiese de versar la declaración.

En este último caso podrá el tribunal poner á presencia del testigo dichos objetos, solos ó mezclados con otros semejantes, y exigirle que, antes de reconocerlos, haga una descripción cir-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cunstanciada de ellos, ó adoptar las demás medidas que su prudencia le sugiera para la mayor exactitud de la declaración.

Artículos 438 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España y 168 del Código de Austria.

ART. 151. No se harán al testigo preguntas capciosas ni sugestivas, ni se empleará coacción, engaño, promesa ni artificio alguno para obligarlo ó inducirlo á declarar en determinado sentido.

Artículo 439 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

ART. 152. Si el testigo no entendiere ó no hablare el castellano, se nombrará un intérprete por conducto del cual se le harán las preguntas y se recibirán sus declaraciones.

Habrá lugar al nombramiento de intérprete aún en el caso de que el juez y el secretario entiendan suficientemente la lengua del testigo.

Artículo 440 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

ART. 153. Si el testigo fuere sordo, se le harán por escrito las preguntas, y si fuere mudo, se le hará contestar por escrito ó por señas.

ART. 154. Si fuere sordo-mudo y supiere leer y escribir, se le harán por escrito las preguntas, y las contestará del mismo modo.

Si no supiere escribir, se nombrará un intérprete por cuyo conducto se le harán las preguntas y se recibirán sus contestaciones.

Véase el artículo 542 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España y 164 del Código de Austria.

ART. 155. Terminada la declaración, se extenderá por escrito en el proceso. El testigo podrá dictar sus contestaciones por sí mismo.

En el caso del artículo 152, la declaración se consignará en el idioma empleado por el testigo y se pondrá en seguida la traducción al castellano.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Se pondrá, al final de la diligencia, constancia de haberse hecho al testigo las prevenciones indicadas en el artículo 157.

El testigo podrá leer por sí mismo la diligencia de su declaración. Si no pudiere ó si no quisiere, se la leerá el secretario, ó el intérprete en su caso. El tribunal advertirá siempre á los testigos el derecho que tienen de leer por sí mismos sus declaraciones.

La diligencia será firmada por el juez, por todos los que en ella hubieren intervenido, si supieren y pudieren, y por el secretario.

Artículos 337, 440, 443 y 444 de la ley de España. Véase también el artículo 141 de Seijas, *Teoría de Instituciones judiciarias.*

ART. 156. No se consignarán en el proceso las declaraciones de los testigos que, en concepto del tribunal, fueren manifiestamente inconducentes para la comprobación de los hechos objeto del sumario. Tampoco se consignarán en cada declaración las manifestaciones del testigo que se hallen en el mismo caso.

Pero se pondrá siempre todo lo que pueda servir así de cargo como de descargo.

En el caso del inciso 1.º de este artículo, se pondrá por diligencia la comparecencia del testigo y el motivo por el cual no se ha escrito su declaración.

Véase el artículo 445 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

ART. 157. Terminada la declaración, el tribunal hará saber al testigo la obligación de comparecer para declarar de nuevo en el plenario cuando se le cite para ello, así como la de poner en conocimiento del tribunal los cambios de residencia que hiciere hasta ser citado, bajo apercibimiento, si no lo cumple, de ser apremiado con multa ó prisión conforme á lo establecido en el artículo 139, ó castigado por la falta con arreglo á lo dispuesto en el número 12 del artículo 494 del Código Penal.

Véase el artículo 446 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 158. Si al hacérsele la prevención indicada en el artículo precedente manifestase el testigo la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la provincia ó si hubiere motivo racional para temer su muerte ó incapacidad física ó mental antes del examen en el plenario, el Tribunal tomará, inmediatamente ó con el intervalo que estime oportuno para no frustrar los fines del sumario, nuevo juramento y nueva declaración al testigo, con citación del procesado ó de su procurador y del promotor fiscal y querellante; todos los cuales, y además los abogados de las partes, pueden presenciar la declaración y hacer al testigo, por conducto del Tribunal, cuantas preguntas tengan por conveniente, excepto las que el Tribunal desestime como manifiestamente impertinentes.

Véase el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

ART. 159. Salvo lo dispuesto en el artículo 140, el Tribunal examinará por sí mismo á los testigos, sin que le sea permitido cometer la diligencia al secretario ni á otro ministro de fe.

Lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 136.

JOSÉ BERNARDO LIRA

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

¿HURTO Ó ROBO?

La *Gaceta de los Tribunales*, fecha 21 de diciembre de este año, registra una sentencia criminal muy interesante de la Corte de Talca. Tanto considerada bajo el punto de vista del Derecho penal filosófico, como del Derecho penal positivo chileno, esta sentencia contiene errores manifiestos, que procederemos á dilucidar.

Se trata de lo siguiente: Silverio Henríquez, soldado de la guardia especial de la cárcel de Talca, confiesa haber sustraído por medio de llave ganzúa de una caja perteneciente al rematado Lucas Morales varias especies avaluadas en ocho pesos.

El juez de primera instancia consideró este delito como robo de menos de cincuenta pesos y condenó al reo á tres años de presidio estimando el delito de tener llaves ganzúas como medio necesario para cometer el robo, llaves que fueron encontradas en poder del reo en el momento de su aprehensión, que fué posterior al robo.

Pero la mencionada Corte considerando: 1.º Que la sustracción de las especies pertenecientes á Lucas Morales se efectuó en lugar habitado; 2.º Que la circunstancia de abrir muebles cerrados con llave ganzúa no constituye robo, sino cuando el hecho se verifica en lugar no habitado; y 3.º Que no debiendo tomarse en consideración por esta circunstancia el empleo de llave ganzúa, habiéndose encontrado ésta en poder del reo al tiempo de su aprehensión, deben ser castigados ambos delitos separadamente; condenó al reo Henríquez por hurto de las especies de Lucas Morales á sesenta días de prisión, y por el delito de tener en su poder llave ganzúa, á la pena de un año de presidio.

Desde luego hay que observar sobre la sentencia de primera instancia que el juez consideró como delito necesario para la perpetración del robo el hecho de usar llaves ganzúas y según esto aplicó el artículo 75 del Código Penal que manda aplicar

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la pena mayor asignada al delito más grave. En este caso el delito más grave era el robo de menos de cincuenta pesos, delito que se castiga con presidio menor en su grado medio. Aplicando esta pena en su grado máximo debió, como efectivamente lo hizo, condenar al reo á tres años de presidio, sobre todo cuando además concurrieron dos circunstancias agravantes: abuso de confianza por razón de su puesto y ejecución del delito durante la noche. Sin embargo, el delito de tener llaves ganzúas al tiempo de su aprehensión, que se verificó tiempo después de la comisión del robo, constituye un nuevo delito, el cual no tiene nada que ver con el hecho de efectuar un robo anterior por medio de llaves ganzúas y que por esto debería haberse castigado por separado.

Examinando ahora los considerandos de la Corte, encontramos que, según la opinión unánime de este Tribunal, constituye hurto el hecho de forzar muebles en lugar habitado haciendo uso de llave ganzúa; pero, cuando este delito se verifica en lugar no habitado, constituye robo. En verdad, esto es llevar muy adelante el apego á la letra muerta del Código.

El artículo 440 dice: "El culpable de robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado llevando armas, sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo ó presidio mayor en su grado mínimo si cometiese el delito:

"1.º Con escalamiento.

"2.º *Haciendo uso de llave falsa ó verdadera que hubiere sido sustraída, de ganzúas ú otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo.*

"3.º Introduciéndose en el lugar del robo por medio de seducción de algún doméstico, etc.

"4.º En despoblado y en cuadrilla."

El artículo 442 dice: "El robo cometido con armas ó sin ellas en lugar no habitado se castigará con presidio menor en sus grados medio á máximo, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

"1.º Escalamiento.

"2.º Fractura de puertas interiores, armarios, arcas ú otra clase de muebles ú objetos cerrados.

"3.º Haber hecho uso de llaves falsas ó verdaderas que se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

hubiesen sustraído, de ganzúas ú otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo ó abrir muebles cerrados.»

Raciocinando la Corte únicamente con la fuerza de las palabras contenidas en estos dos artículos, declara hurto todo delito de sustracción de especies ajenas con ánimo de lucrar y sin la voluntad de su dueño, aunque se use fuerza en las cosas, con tal que el caso no esté expresamente previsto en el párrafo 3 del título IX del libro II del Código Penal. Vamos á ver la fuerza de este raciocinio y las consecuencias á que conduce.

Antes de todo tenemos que observar que el artículo 432 declara robo toda apropiación de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño, y con ánimo de lucrar, con tal que se use violencia ó intimidación en las personas ó de fuerza en las cosas; si faltan violencia, intimidación y fuerza, el delito se califica de hurto. El Código exige, pues, copulativamente que falte la violencia, intimidación y fuerza en las cosas para que el delito se califique de hurto.

¿Es ó no es fuerza en las cosas el empleo de llave ganzúa? Ganzúa es un hierro largo con una punta torcida á modo de garfio que usan los ladrones para forzar cerraduras y abrir puertas, arcas, etc., y como dice el Código en el artículo 445, manifiesta y conocidamente destinado para efectuar el delito de robo.

El ladrón que emplea llave ganzúa usa fuerza en las cosas, pues fuerza las cerraduras que protegen la especie, objeto de su codicia, con un instrumento no adoptado ni destinado *ad hoc;* muestra premeditación del robo y audacia en su peligrosa ejecución. Por esto no vacilamos en declarar que la sustracción de especie ajena sin voluntad de su dueño y con ánimo de lucrar, verificada con llave ganzúa, es robo con fuerza en las cosas, ya se ejecute en lugar habitado ó no habitado; y ya se use la llave ganzúa para abrir la puerta de calle ó las cerraduras de puertas interiores ó de arcas y muebles cerrados; pero como el párrafo del Código Penal que trata del robo con fuerza en las cosas no enumera especialmente este caso de verificarse el robo por medio de llaves ganzúas con el fin de abrir muebles en lugar habitado, la Corte ha creído deber clasificarlo de hurto. Siguiendo esta doctrina llegamos á raras consecuencias.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

1.º No es robo con fuerza en las cosas, si alguien entra en lugar habitado por vía destinada al efecto y una vez adentro abre las puertas interiores cerradas, armarios, arcas ú otra clase de muebles con llave ganzúa ó por cualquier otro medio que no sea fractura de puertas y ventanas, aunque se abra los muebles á barretazos; porque el Código Penal no prevé expresamente este caso en el artículo 440; ni será responsable de robo con fuerza en las cosas el individuo que sustrae cosas ajenas sin voluntad de su dueño y con ánimo de lucrar, en lugar no habitado, con tal que ejecute este delito con alguna circunstancia no prevista en el artículo 442 del Código Penal, verbigracia introduciéndose por vía destinada al efecto, sin hacer uso de llaves ganzúas ó de escalamiento, aunque abra muebles cerrados ó sellados, con tal que no haya fractura ni uso de llave ganzúas ú otros instrumentos semejantes. *Omnis in jure definitio periculosa est.*

2.º Si no es robo el delito de abrir muebles cerrados con llave ganzúa en lugar habitado y sustraer efectos de ellos, tampoco puede ser hurto; pues la misma definición que el Código nos da de este delito, excluye manifiestamente toda idea de violencia tanto en las personas como en las cosas, y si no es robo ni hurto, resulta que todo robo con fuerza en las cosas, ejecutado sin alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 440 ó todo robo ejecutado sin alguna de las circunstancias designadas en el artículo 442, no es delito. *Ubi non est lex, nec prevaricatio.* Conclusión es esta á que llegamos forzosamente y á nadie se le oculta que es un absurdo.

3.º Si es hurto la sustracción de especies en lugar habitado, usando de llave ganzúa ú otros instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo, resulta otra conclusión absurda, y es que se castiga con presidio menor en su grado mnímo (60 días hasta 540 días) al que tuviere en su pode llaves ganzúas sin hacer uso de ellas; pero sólo con prisión (uno á 60 días) al que hace uso de ellas, abriendo muebles en lugar habitado con tal que sustraiga solamente especies de valor de menos de diez pesos. Á esta conclusión llegó forzosamente la Corte de Talca y condenó al reo Henríquez á la pena de un año de presidio por el delito de tener en su poder llave ganzúa

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sin hacer uso de ella, y por el robo efectuado con ellas, á sesenta días de prisión.

Pero aún opinando con la Corte de Talca en que el uso de llave ganzúa para abrir muebles en lugar no habitado constituye hurto, todavía creemos que la sentencia debería haberse pronunciado de distinta manera. El reo cometió dos delitos: uno simple, el de tener en su poder llave ganzúa cuando fué aprehendido; y otro compuesto de dos delitos: el de hurto-falta y tener llave ganzúa al tiempo de cometerlo, uno de los cuales era el medio necesario para ejecutar el otro.

Como opinamos que nadie puede hacer uso de llaves ganzúas sin tenerlas en su poder, el reo se hizo responsable del delito previsto en el artículo 445 del Código Penal al tiempo que ejecutó el delito de hurto-falta; á no ser que se crea también que emplear llave ganzúa en un acto que no presupone este delito como medio absolutamente necesario para su constitución, no es delito, porque el artículo 445 sólo habla de fabricar, expender ó tener en su poder llaves ganzúas.

Por tanto, debería haberse aplicado el artículo 75 y haberse condenado al reo á la pena mayor asignada al delito más grave, es decir, á 540 días de presidio; todo en la hipótesis de que el delito de sustraer especies en lugar habitado, abriendo muebles con llave ganzúa, es un simple hurto; porque entonces el delito más grave sería el de tener en su poder llave ganzúa.

La verdadera solución del caso jurídico á que nos referimos, según nuestra humilde opinión, habría sido: Condenar al reo á quinientos cuarenta días de presidio por el hecho de tener en su poder llaves ganzúas, con dos circunstancias agravantes al tiempo de su aprehensión, y condenarle por robo de menos de cincuenta pesos ejecutado con fuerza en las cosas en lugar habitado y con circunstancias agravantes, haciendo uso de llave ganzúa para entrar al lugar del robo, á la pena de tres años de presidio, pena proporcionada al delito y seguramente más conforme al espíritu de la legislación penal, que sesenta días de prisión. No es forzar mucho el sentido de la ley llamar: "entrar en el lugar del robo" el hecho de abrir muebles cerrados con llave ganzúa para llegar al espacio donde se encuentra el objeto que el ladrón codicia, aunque no introduzca en esta especie

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

su cuerpo entero, sino sólo sus manos para ejecutar el robo. Pero si se cree que no se debe invocar jamás en materia criminal la analogía en contra del reo, entonces debía habérsele absuelto por no estar previsto en el Código Penal Chileno castigo para el delito de robo con fuerza en las cosas ejecutado de distinta manera que las que enumera el Código Penal en los artículos 440, 441 y 442; pero de ninguna manera convenimos en que se califique de hurto un acto de sustracción ejecutado con fuerza en las cosas, como lo constituye indudablemente el empleo de llaves ganzúas para abrir muebles cerrados, sea en lugar habitado ó no habitado.

FRANCISCO BEUTNER-MARY
Médico-cirujano

Chillán, 25 de diciembre de 1888.

CUANDO HAY MENORES EN UNA PARTICIÓN
¿pueden los coasignatarios señalar de común acuerdo el valor de las especies?

El título X del libro 3.° del Código Civil, al señalar las reglas á que el partidor debe conformarse en la división y adjudicación de los bienes sometidos á compromiso, dispone en el artículo 1,335, que el valor de tasación por peritos será la base sobre que aquél habrá de proceder para la adjudicación ó licitación de las especies, salvo que los coasignatarios hayan legítima y unánimemente convenido en otra.

Con frecuencia se ve en la práctica que, ya sea para evitar gastos, ya para concluír más pronto las particiones, los interesados se ponen de acuerdo en el precio de todos ó de algunos de los objetos, precio que sirve de base para la división de los mismos ó para su licitación en los casos en que ésta proceda.

Pero surge la dificultad de saber si cuando haya entre los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

coasignatarios algunos que estén sujetos á tutela ó curaduría podrán los respectivos tutores ó curadores entrar en esos convenios como representantes de sus pupilos.

Fácil nos será demostrar la negativa de esta proposición y para ello basta fijarse en el carácter con que el guardador figura en el juicio divisorio.

En efecto, no aparece en él ejercitando derechos propios ó personales suyos, sino sólo como representante legal de una persona absoluta ó relativamente incapaz de administrar su patrimonio y de disponer de lo que le pertenece. Es un mandatario cuyas facultades no le son conferidas por el mandante sino por la ley, y en el ejercicio de su cargo debe obrar precisamente dentro de la esfera limitada de atribuciones que la misma ley le señala.

Ahora bien, á virtud del derecho de propiedad, cada cual puede disponer de lo suyo como mejor le plazca y está facultado, en consecuencia, para renunciar los derechos y las garantías que las leyes le confieren, con tal que miren sólo al interés individual del renunciante, y cuya renuncia no le esté prohibida; principio de jurisprudencia universal que sanciona el artículo 12 de nuestro Código Civil.

La solemnidad legal de la tasación por peritos que el artículo 1,335 prescribe, se ha establecido como una garantía en favor de los coasignatarios en una partición, especialmente de los menores y de las personas que no tienen la libre administración de sus bienes.

Y puesto que los tutores y curadores no proceden con facultades propias, no pueden renunciar un derecho personal concedido á sus pupilos, á quienes tal renuncia está, por otra parte, prohibida.

Creemos, en consecuencia, que, cada vez que en una partición haya personas sujetas á tutela ó curaduría, debe precisamente procederse al nombramiento de peritos que valoricen los diferentes objetos que compongan la masa partible y esta tasación debe ser la base que el juez tome forzosamente para adjudicar ó dividir los bienes.

Para concluír, citaremos en apoyo de esta teoría la jurispru-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dencia de los Tribunales Superiores de justicia. La Corte de Apelaciones de La Serena resolvió la cuestión en el sentido que dejamos expuesto, revocando un fallo contrario, por sentencia de 5 del presente noviembre, que la GACETA registra bajo el número 1,641.

AGUSTÍN CORREA BRAVO

Santiago, 23 de noviembre de 1888.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO IV Santiago, 1.° de marzo de 1889 NÚM. 10

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Don Nicanor Bahamonde, por don Aníbal J. Las-Casas.—Proyecto de Código de Enjuiciamiento Criminal (continuación), por ✠ don José Bernardo Lira.—Observaciones sobre el juicio criminal seguido al notario de Peumo, por don Francisco Mesa Torres.—La escuela antropológica en materia de criminalidad, traducción, por don José Francisco de la Carrera.

DON NICANOR BAHAMONDE

Nicanor Bahamonde nació en la ciudad de los Ángeles, el año de 1843. Era hijo de don Diego Bahamonde y de doña Francisca Larenas.

Entró al Liceo de Concepción el año 58 y cursó durante seis años todas las humanidades, distinguiéndose por una conducta ejemplar y una aplicación y aprovechamiento sobresalientes.

Durante ese tiempo jamás mereció una nota mala: fué unánimemente distinguido en todos sus ramos, excepto uno ó dos en que obtuvo algunos votos de aprobación junto con los de distinción, y mereció todos los primeros premios en todos sus cursos.

Concluídas las humanidades, se fué á Santiago, en cuya Universidad hizo todo el curso de leyes, hasta recibirse de abogado el año de 1869.

Establecido en Concepción, se dedicó al ejercicio de la profesión con éxito notable, distinguiéndose por su laboriosidad, honradez é inteligencia.

Yo, que le conté con más frecuencia que otros, entre mis contendores, puedo apreciar mejor sus dotes de abogado, hasta llegar á creer que bien pocos serán los que se consagran á las labores no siempre fáciles ni siempre gratas de la abogacía, con más constancia que Bahamonde.

Y esto aún en sus últimos días, con una salud ya gastada y aun cuando la enfermedad le obligaba á guardar cama.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Igual contracción y laboriosidad gastó en los puestos públicos que desempeñó, entre otros el de secretario de la Ilustrísima Corte de Apelaciones, profesor de Derecho en el Liceo, procurador municipal y promotor fiscal, puesto que desempeñaba cuando le sobrevino la muerte.

Esto aparte de otros puestos honoríficos que desempeñó y distinciones que se le otorgaron en asociaciones de diverso carácter.

Como hombre público, puso al servicio de la causa que mereció sus simpatías, su palabra, su influencia, su dinero y todo con el mayor desinterés.

Amigo, fué consecuente y digno de tal nombre.

Como hombre privado, Bahamonde fué, no un hermano para su familia, sino un verdadero padre, por cuya razón ésta le llora como se llora la pérdida del sér querido á quien se da tal nombre.

Bajo la forma un tanto áspera é indiferente ó insensible de su carácter, se ocultaba un corazón sumamente sensible á la desgracia y miseria ajenas, hasta el punto de no poder decir nó, cuando algo se le pedía á nombre del infortunio. Daba y daba con mano larga á muchas personas, dejándose arrastrar por su generosidad, inspirada más por la sensibilidad de su alma que por las indicaciones de la prudencia.

Á pesar de los consejos de algunos compañeros que le manifestaban la necesidad de ponerse en curación, se dedicaba siempre al cumplimiento de sus tareas y compromisos profesionales, hasta poder decir que murió con la pluma en la mano, á semejanza del militar que cae con el arma al brazo.

Víctima de una violenta enfermedad que se cebó en una naturaleza minada por el trabajo, falleció Nicanor Bahamonde, en la ciudad de Concepción, el 3 de febrero de 1889, cuando la patria y la sociedad podían esperar mucho de él.

Su pérdida fué muy sentida, sus funerales solemnes, tocando al que esto escribe el honor de ser designado por sus compañeros de profesión, para hacer uso de la palabra al inhumar sus restos.

ANÍBAL J. LAS-CASAS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

(Continuación)

§ 6

Del informe pericial

ART. 160. Tendrá lugar el informe de peritos en los casos particulares determinados por la ley, y, en general, siempre que para conocer ó apreciar algún hecho ó circunstancia importante fueren necesarios ó convenientes conocimientos científicos ó artísticos.

Artículo 456 de la Ley de España.

ART. 161. Los peritos pueden ser titulares ó nó.

Son *peritos titulares* los que tienen título oficial de una ciencia ó arte cuyo ejercicio esté reglamentado por la ley.

Son *peritos no titulares* los que, careciendo de título oficial, tienen, sin embargo, conocimientos ó práctica especial en alguna ciencia ó arte.

Véase el artículo 457 de id.

ART. 162. Sólo en defecto de peritos titulares podrá nombrarse á los no titulares.

ART. 163. Todo conocimiento pericial se hará por dos peritos.

Bastará, sin embargo, uno solo:

1.º Cuando no hubiere más de ese en el lugar;

2.º Cuando el reconocimiento versare sobre un hecho de poca importancia en el juicio;

3.º En general, cuando la ley hable de un solo perito.

ART. 164. El nombramiento de peritos se hará siempre por el tribunal.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Con todo, en los casos de los artículos 7.º y 8.º, el nombramiento podrá ser hecho por las partes si estuviesen conformes.

ART. 165. El nombramiento se hará saber á los peritos por medio de juicio ó de notificación en forma.

En casos urgentes podrá hacerse, previo decreto del tribunal, por el portero ó por un agente de policía.

ART. 166. Nadie podrá negarse á acudir al llamamiento del tribunal para desempeñar un servicio judicial, á menos que esté legítimamente impedido ó que, en conformidad á lo dispuesto en el artículo 162, no deba ser llamado.

En uno y otro caso deberá exponer al tribunal su excusa, ó bien por diligencia en el acto de la notificación, ó bien por escrito dentro de las veinticuatro horas.

Véase el artículo 462 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

ART. 167. Los peritos pueden ser apremiados á prestar el servicio pericial que se les pida, de la misma manera en que pueden ser apremiados á declarar los testigos.

ART. 168. No podrán prestar informe pericial acerca del delito los que, conforme al artículo 135, están dispensados de declarar como testigos.

ART. 169. Los que presten informe como peritos en virtud de orden judicial, tienen derecho á la remuneración que el tribunal determine en cada caso.

No tienen derecho á esta remuneración los empleados públicos ó municipales que presten este servicio en su calidad de tales empleados.

ART. 170. Hecho el nombramiento de peritos se notificará al querellante, si lo hubiere, y al procesado si estuviere á disposición del tribunal, y se hallaren él ó su procurador en el lugar del asiento del tribunal.

Véase el artículo 466 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

ART. 171. Si el reconocimiento pericial pudiere tener lugar de nuevo en el juicio plenario, los peritos nombrados no podrán ser recusados por las partes.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En el caso contrario habrá lugar á la recusación; pero sólo respecto de los peritos nombrados por el tribunal.

Véase el artículo 467 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

ART. 172. Son causa de recusación de los peritos:

1.ª La inhabilidad establecida por el artículo 168;

2.ª El interés directo ó indirecto en la causa ó en otra semejante;

3.ª La amistad íntima ó enemistad manifiesta con el querellante ó el reo.

ART. 173. Por la primera de las causas expresadas en el artículo precedente pueden entablar la recusación tanto el querellante como el reo.

Por las otras dos, sólo la parte á quien perjudica la presunción de la ley.

ART. 174. La recusación debe interponerse por escrito y antes de que se dé principio al reconocimiento pericial.

En el escrito debe expresarse la causa legal de la recusación.

Si el recusante pretende acreditarla con testigos, expresará en el mismo escrito el nombre y residencia de cada uno de ellos; si con instrumentos, los acompañará, ó pedirá su agregación al proceso.

ART. 175. Si la causa alegada fuese alguna de las señaladas en el artículo 172, el tribunal hará citar inmediatamente á los testigos señalados por el recusante y los examinará, en la forma establecida por los artículos 148 y 149 sobre la existencia de dicha causa de recusación.

Con el mérito de estas declaraciones ó de la prueba instrumental que una ú otra parte rindan, el tribunal se pronunciará sin más trámites sobre la recusación.

Si da lugar á ella, nombrará en el mismo auto nuevo perito.

ART. 176. Si el recusante no alegare causa alguna ó si la que alegare no fuere legal ó no ofreciere prueba para acreditarla, el tribunal desechará de plano la recusación.

ART. 177. No es apelable el auto en que el tribunal admite ó desecha la recusación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 178. Mientras se ventila el incidente de la recusación, podrá el tribunal ordenar, que, no obstante, se lleve á efecto el reconocimiento ó informe pericial.

En este caso mantendrá reservado el informe; y, si diere lugar á la recusación, lo inutilizará sin agregarlo al proceso.

ART. 179. En el caso del inciso 2.º del artículo 172, el querellante tendrá derecho de nombrar, á su costa, un perito que intervenga en el acto pericial.

El mismo derecho tendrá el procesado. Si los procesados fueren varios, se pondrán de acuerdo para hacer el nombramiento.

Si la práctica de la diligencia pericial no admitiere espera, el tribunal procederá como las circunstancias lo permitan para que el querellante y el reo puedan intervenir en ella. En los demás casos podrán uno y otro hacer el nombramiento dentro de las veinticuatro horas después de la notificación del nombramiento que hubiere hecho el tribunal.

ART. 180. Los peritos prestarán juramento al tenor de la fórmula siguiente:

¿Juráis por Dios, Nuestro Señor, y por estos santos Evangelios, desempeñar fielmente vuestro encargo y no revelar vuestro informe hasta que se termine el sumario?

El perito responderá: *Sí juro*, y el juez añadirá: *Si así lo hiciereis, Dios os ayude; y si nó, os lo demande.*

ART. 181. El fiel desempeño del encargo del perito comprende la escrupulosa investigación de todos los elementos que puedan servir para formar concepto cabal del negocio y la clara y sincera exposición de los hechos y conclusiones que el informe deba contener.

ART. 182. Antes de tomar el juramento á los peritos, el tribunal les manifestará clara y determinadamente el objeto de su informe.

ART. 183. El informe pericial debe contener:

1.º La descripción de la persona ó cosa que es objeto del mismo, en el estado y del modo en que se halle;

2.º La relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y de su resultado;

3.º Las conclusiones que, en vista de tales datos, formulen

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

los peritos conforme á los principios y reglas de su ciencia ó arte.

ART. 184. Si los peritos tuvieren necesidad de destruir ó alterar los objetos que analicen, deberán conservar, á ser posible, parte de ellos para que en caso necesario pueda hacerse nuevo análisis.

ART. 185. Pueden las partes asistir á las operaciones y reconocimientos, y someter á los peritos las observaciones que estimen convenientes.

Si el reconocimiento se practicare en presencia ó con asistencia del tribunal, se dejará en el proceso constancia de estas observaciones.

ART. 186. Podrá también el tribunal, de oficio ó á instancia de las partes presentes, hacer á los peritos, cuando produzcan de palabra sus conclusiones, las preguntas que estime pertinentes; ó pedirles, cuando las produzcan por escrito, las aclaraciones necesarias.

Las contestaciones ó aclaraciones de los peritos se considerarán como parte de su informe.

ART. 187. Pueden los peritos proceder á los reconocimientos sin admitir la presencia de las partes, cuando así lo estimen conveniente por respeto á la moral.

ART. 188. Si los peritos estuvieren discordes y su número fuere par, nombrará otro el tribunal.

Con intervención del nuevamente nombrado se repetirán, si fuere posible, las operaciones que hubieren practicado aquéllos y se ejecutarán las demás que parecieren oportunas.

Si no fuere posible la repetición de las operaciones ni la práctica de otras nuevas, la intervención del perito últimamente nombrado se limitará á deliberar con los demás, con vista de las diligencias de reconocimiento practicadas, y á formular con quien estuviere conforme, ó separadamente si no lo estuviere con ninguno, sus conclusiones motivadas.

Si el tribunal no encontrare suficientemente esclarecido el punto pericial, podrá remitir en consulta los informes á otros peritos, ya particulares, ya constituídos en corporación científica, para que examinadas detenidamente las diversas conclusio-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nes formuladas, demuestren lo que los hechos establecidos significan á los ojos de la ciencia ó del arte que profesan.

ART. 189. El tribunal facilitará á los peritos los medios materiales necesarios para practicar las diligencias que les encomiende; y, si no existieren preparados para tal objeto, los pedirá á la autoridad local.

ART. 190. El tribunal ordenará la práctica de los análisis químicos, únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia.

ART. 191. Cuando, por falta de peritos, laboratorio ó reactivos, no sea posible practicar el análisis químico en el territorio del tribunal, se practicará en la capital de la provincia, y, si en ella tampoco fuere posible, en la de la República.

§ 7

De las declaraciones de los procesados

ART. 192. El tribunal hará que el procesado preste cuantas declaraciones considere convenientes para la averiguación de los hechos.

ART. 193. Si el procesado estuviere detenido, se le recibirá la primera declaración inmediatamente, esto es, tan pronto como sea puesto á disposición del tribunal.

Véase el artículo 20 de la Ley de Garantías Individuales.

ART. 194. No se exigirá juramento á los procesados.

El tribunal, sin embargo, los exhortará á decir verdad y les advertirá que deben responder de una manera precisa, clara y conforme á la verdad, á las preguntas que les hiciere.

ART. 195. En la primera declaración será preguntado el procesado por su nombre y apellidos paterno y materno, su apodo si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, el de su domicilio, su estado, profesión ú oficio, su edad, si sabe leer y escribir.

Si el procesado estuviere detenido, se le preguntará también si sabe ó presume la causa de su detención, quién le prendió, por orden de quién, dónde fué detenido y en qué día.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Asimismo se le preguntará si ha estado alguna vez preso ó si ha sido procesado; y, en caso de contestar afirmativamente por qué causa y ante qué tribunal.

Puede, sin embargo, el tribunal omitir las preguntas del inciso precedente, cuando no las estime necesarias.

ART. 196. Las demás preguntas que se hagan á los procesados en las declaraciones que hubieren de prestar, se dirigirán á la averiguación de los hechos y á la participación en ellos de los procesados y de las demás personas que hubieren contribuído á ejecutarlos ó á encubrirlos.

Las preguntas pueden ser directas ó generales é indeterminadas, según lo conceptúe conveniente el tribunal.

Es absolutamente prohibido hacer preguntas de un modo capcioso ó sugestivo, así como emplear con los procesados género alguno de coacción ó amenaza.

ART. 197. Las relaciones que hagan los procesados y las respuestas que den serán orales.

Sin embargo, el tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias de éstos y la naturaleza de la causa, podrá permitirles que redacten, á su presencia, una contestación escrita sobre puntos difíciles de explicar, ó que consulten, también á su presencia, apuntes ó notas.

ART. 198. Se pondrán de manifiesto al procesado todos los objetos que contribuyan á probar el cuerpo del delito ó los que el tribunal considere conveniente manifestarle, para que los reconozca.

Se le interrogará sobre la procedencia de dichos objetos, su destino y la razón de haberlos encontrado en su poder y, en general, sobre cualquiera otra circunstancia que conduzca al esclarecimiento de la verdad.

Véase el artículo 204 del libro *Teoría de las Instituciones Judiciarias* de Seijas.

ART. 199. Cuando el procesado rehuse contestar ó se finja loco, sordo ó mudo, el tribunal le advertirá que, no obstante su silencio ó su simulada enfermedad, se continuará la instrucción del proceso.

El tribunal hará poner constancia de estos hechos en el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

proceso, y procederá á investigar la verdad de la enfermedad que aparenta el procesado, observando lo dispuesto en los artículos 223 y 224.

ART. 200. El procesado no podrá, á pretexto de incompetencia del tribunal, excusarse de contestar á las preguntas que se le dirijan; pero si protestare la incompetencia del tribunal, se pondrá en el proceso constancia de esta reclamación.

Con todo, á las personas á quienes se refiere el artículo 67, número 3.º, y los artículos 116 y 117 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, no podrá obligárseles, en los casos de ese artículo, á contestar á las preguntas de un juez de letras.

ART. 201. Se permitirá al procesado manifestar cuanto tenga por conveniente para su exculpación y para la explicación de los hechos; y se evacuarán con urgencia las citas que hiciere y las demás diligencias que propusiere, si el tribunal las estimare conducentes para la comprobación de sus manifestaciones.

ART. 202. En ningún caso podrán hacerse al procesado en este acto cargos ni reconvenciones.

Tampoco se le leerá parte alguna del sumario, excepto sus declaraciones anteriores, si lo pidiere.

ART. 203. El procesado podrá dictar por sí mismo las declaraciones.

Si no lo hiciere, lo hará el tribunal procurando, en cuanto fuere posible, emplear las mismas palabras de que aquél se hubiere valido.

El procesado podrá leer la declaración, y el tribunal le enterará de que le asiste este derecho. Si no usare de él, la leerá el secretario á su presencia.

ART. 204. Si el procesado supiere y pudiere firmar, firmará sus declaraciones.

Si pudiendo hacerlo, se excusa de firmar, y alegare después contra el mérito de su declaración esta falta de firma, no será oído.

ART. 205. Si el procesado no supiere la lengua castellana ó fuere sordo ó mudo, se observará lo dispuesto en los artículos 152, 153 y 154.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 206. Cuando el examen del procesado se prolongue mucho tiempo, ó cuando el número de preguntas que se le haya hecho sea tan considerable que hubiere perdido la serenidad del juicio necesario para contestar á lo demás que debe preguntársele, se suspenderá el examen, y se concederá al procesado algunos momentos para descansar y recuperar la calma.

Siempre se hará constar en la declaración misma el tiempo que se haya invertido en el interrogatorio.

ART. 207. Si en las declaraciones posteriores se pusiere el procesado en contradicción con sus declaraciones primeras, ó retractare sus confesiones anteriores, el tribunal le interrogará sobre el móvil de sus contradicciones y sobre las causas de su retractación.

ART. 208. Si los procesados fueren varios, se recibirán las declaraciones de los unos, acto continuo de recibirse las de los otros y sin permitirles comunicarse en el intermedio.

ART. 209. La confesión del procesado no dispensa al tribunal de practicar todas las diligencias necesarias á fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito.

Con este objeto el tribunal interrogará al procesado confeso para que explique todas las circunstancias del delito y cuanto pueda contribuir á comprobar su confesión, si fué autor ó cómplice y si conoce á algunas personas que hubieren sido testigos ó tuvieren conocimiento del hecho.

ART. 210. Para recibir declaración al procesado menor de edad, no hay necesidad de nombrarle curador.

ART. 211. El procesado podrá declarar *cuantas veces quisiere*, y el tribunal le recibirá inmediatamente la declaración si tuviere relación con la causa.

ART. 212. Se pueden omitir las declaraciones de los procesados y proceder desde luego á tomarles confesión cuando al ponérseles á disposición del tribunal, estuvieren ya suficientemente comprobados el cuerpo del delito y la participación de éstos en él.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

§ 8

De la identidad del delincuente y de sus circunstancias personales

ART. 213. Cuantos dirijan cargo á determinada persona deberán reconocerla judicialmente, si el tribunal, de oficio ó á petición de parte, ordena la diligencia; á fin de que no ofrezca duda quién es la persona á quien aquéllos se refieren.

ART. 214. La diligencia de reconocimiento se practicará poniendo á la vista del que hubiere de verificarlo la persona que haya de ser reconocida, acompañada con otras de circunstancias exteriores semejantes, y vestida, si fuere posible, con el mismo traje que llevaba cuando se dice que cometió el delito.

Á presencia de todas ellas, ó desde un punto en que no pueda ser visto, según al tribunal pareciere más conveniente, el que deba practicar el reconocimiento manifestará si se encuentra en la rueda ó grupo la persona á quien hubiere hecho referencia en sus declaraciones; y en caso afirmativo, la designará clara y determinadamente.

El procesado puede elegir el punto en que haya de colocarse y tiene el derecho de excluir del grupo al que le infunda sospechas.

ART. 215. Mientras se prepara el grupo ó rueda de personas á que se refiere el artículo precedente, el tribunal mantendrá incomunicado al testigo que va á hacer el reconocimiento.

ART. 216. Cuando fueren varios los que hubieren de reconocer á una persona, la diligencia de reconocimiento se practicará separadamente con cada uno de ellos, sin que puedan comunicarse entre sí hasta que se haya efectuado el último reconocimiento.

Cuando fueren varios los que hubieren de ser reconocidos por una misma persona, podrá hacerse el reconocimiento de todos en un mismo acto.

ART. 217. Los alcaides de las cárceles y los jefes de los depósitos de detenidos tomarán las precauciones necesarias para que los presos ó detenidos no hagan en su persona ó traje alteración alguna que pueda dificultar su reconocimiento; y, si en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

los establecimientos de su cargo hubiere traje reglamentario, conservarán el que lleven al ingresar en ellos, á fin de que puedan vestirlo cuantas veces sea necesario para diligencias de reconocimiento.

ART. 218. De la operación de reconocimiento se extenderá diligencia circunstanciada, firmada por el juez, el procesado y el reconocedor, si pudieren firmar, y el secretario.

ART. 219. Si ocurrieren dudas sobre la identidad de los procesados, el tribunal procurará acreditar ésta por cuantos medios le parezcan conducentes al objeto.

El tribunal hará constar con la minuciosidad posible las señas personales del procesado; pero no se tendrá por comprobada dicha identidad si no hubiere acerca de ella pruebas plenas que no dejen duda alguna.

Véanse los artículos 373 y 374 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

ART. 220. Para acreditar la edad del procesado, se agregará al proceso copia de su inscripción de nacimiento en el registro civil ó de su partida de bautismo.

Si no fuere posible averiguar el registro civil ó parroquia en que debe constar el nacimiento ó el bautismo del procesado, ó si no existieren su inscripción y partida, ó si se encontrare en punto lejano, se suplirá este documento por informe que acerca de la edad del procesado y en consideración á su desarrollo y aspecto físico, den facultativos nombrados por el tribunal.

Si discordaren los facultativos, el tribunal fijará la edad del procesado tomando el término medio de la que ellos le asignen.

Véanse el artículo 375 de la Ley Española, y el 314 del Código Civil.

Podrá parecer incompatible con el espíritu de benigna interpretación que domina en la legislación criminal, la aplicación á este caso de la regla del artículo 314 del Código Civil. No hemos vacilado, empero, en seguirla porque la creemos la más cercana á la verdad.

ART. 221. Siempre que el inculpado hubiere sido antes procesado por crimen ó simple delito, se agregará al proceso copia autorizada de la sentencia de término que en el juicio ó juicios anteriores hubiere recaído.

ART. 222. Si el procesado fuere mayor de diez años y menor

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de dieciséis, el tribunal recibirá información acerca del criterio del mismo y especialmente de su aptitud para apreciar la criminalidad del hecho que hubiere dado motivo á la causa.

En esta información serán oídas las personas que puedan deponer con acierto por sus circunstancias personales y por las relaciones que hayan tenido con el procesado antes y después de haberse ejecutado el hecho.

En su defecto, el tribunal nombrará un preceptor de instrucción primaria y un facultativo que examinen al procesado y emitan su dictamen.

Artículo 380 de la Ley Española armonizado con el número 3 del artículo 10 del Código Penal Chileno.

ART. 223. Si el tribunal advirtiere en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente á la observación de facultativos en el establecimiento en que estuviere preso ó detenido, ó en otro público, si fuere más á propósito y estuviere en libertad.

Sin perjuicio de este reconocimiento, el tribunal recibirá informaciones acerca de la enajenación mental del procesado en la forma prevenida en el artículo precedente.

Véanse los artículos 381 y 382 de la Ley Española.

ART. 224. Si la demencia sobreviniere después de cometido el crimen ó simple delito y mientras se sigue juicio criminal para su averiguación y castigo, se observará, según proceda, lo dispuesto en los artículos 359 ó 360.

Si sobreviniere después de pronunciada sentencia de término, se estará á lo dispuesto en la regla segunda del artículo 81 del Código Penal.

ART. 225. No se harán pesquisas para averiguar la conducta anterior del procesado sino cuando él lo pidiere.

ART. 226. Desde que resulte del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, el tribunal la declarará reo ó procesado y se entenderán con ella las diligencias del juicio en la forma prevenida por este Código.

En los juicios á que se refiere el artículo 7.°, se tendrá por reo ó procesado al querellado ó acusado desde que se admita la querella ó acusación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 227. Cuando el procesado sea menor de edad, tenga ó nó representante legal, le dará el tribunal un curador que le represente en el juicio.

Esta disposición no es aplicable á la declaración indagatoria de los procesados, porque en ella no se les mira como á tales, sino simplemente como testigos.

§ 9

Del careo

ART. 228. Cuando los testigos ó los procesados entre sí ó aquellos con éstos discordaren acerca de algún hecho ó de alguna circunstanciá que interese en el sumario, podrá el tribunal celebrar careo entre ellos.

Véase el artículo 451 de la Ley Española.

ART. 229. Para efectuar el careo, el tribunal hará comparecer ante sí á las personas entre quienes haya de tener lugar; juramentadas las que hayan de prestar juramento, mandará leerles ó les permitirá leer en alta voz las declaraciones que tengan prestadas; y acto continuo, les preguntará si se ratifican en ella ó tienen alguna variación que hacer.

El tribunal manifestará en seguida las contradicciones que resulten en dichas declaraciones, é invitará á los careados á que se pongan de acuerdo entre sí.

Artículo 452 de id., y 265 del Proyecto del señor Reyes.

ART. 230. Cada uno de los careados hará al otro las preguntas que estime conducentes y las reconvenciones á que las respuestas den lugar; y el preguntado ó reconvenido contestará lo que crea cierto respecto de unas y de otras.

Artículo 267 del Proyecto de Código de Enjuiciamiento Criminal del señor Reyes.

ART. 231. En el acta que se levante de la diligencia del careo, se pondrá constancia así de las preguntas y respuestas de los careados, como de lo que el tribunal notare en ellos.

Véase el artículo 453 de la Ley Española.

ART. 232. Si fueren diversos los hechos ó circunstancias

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

acerca de las cuales ocurriere la divergencia, el careo se referirá separada y sucesivamente á cada uno de ellos.

ART. 233. Cuando el careo se verifique entre un testigo y un procesado ó entre dos procesados, sólo se leerá la parte de las declaraciones en que se contenga contradicción.

Véase el artículo 269 del Proyecto del señor don Alejandro Reyes.

ART. 234. El careo sólo tendrá lugar entre dos personas á la vez.

Véase el artículo 451 de la Ley Española.

ART. 235. El tribunal se limitará en el careo á dirigir el debate sin tomar parte en él; y cuidará de que los careados no se desvíen, ni se insulten ni amenacen.

Véanse los artículos 270 del Proyecto del señor Reyes, y 454 de la Ley Española.

ART. 236. No se practicarán careos sino á falta de otro medio de comprobar la existencia del delito ó la culpabilidad de algunos de los procesados.

Artículo 455 de la Ley Española.

TÍTULO IV

De la citación y de las restricciones de la libertad de los procesados

§ 1

De la citación de los procesados

ART. 237. Serán citadas, sólo para ser oídas, las personas á quienes se imputa un simple delito que la ley castiga de alguna de las maneras siguientes:

1.ª Con la pena de inhabilitación, sea absoluta ó especial, perpetua ó temporal, para cargos ú oficios públicos ó profesiones titulares;

2.ª Con la pena de suspensión de los mismos cargos, oficios ó profesiones;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

3.ª Con multa;

4.ª Con dos de estas mismas penas.

ART. 238. La citación á que se refiere el artículo precedente puede hacerse en la forma prevenida por el artículo 139.

ART. 239. El tribunal convertirá en orden de detención la de citación, siempre que lo considere indispensable para la seguridad personal del ofendido, ó para que no se frustren las investigaciones del sumario.

Esta detención durará el tiempo necesario para los fines de la misma y no podrá prolongarse más.

§ 2

De las restricciones de la libertad de los procesados en general

ART. 240. Para asegurar la acción de la justicia pueden los tribunales y demás funcionarios ó personas expresamente autorizadas para ello, restringir la libertad de las personas, en los casos que procede y en el grado que corresponda según la ley.

ART. 241. La restricción de libertad que no procede de sentencia condenatoria, puede tener lugar en alguno de los cuatro grados siguientes:

1.º Simple arresto;

2.º Arresto calificado;

3.º Detención;

4.º Prisión preventiva.

I

DEL SIMPLE ARRESTO

ART. 242. El *simple arresto* consiste en la obligación que se impone al procesado de no salir de cierto pueblo ó porción determinada del territorio, y de comparecer ante el tribunal periódicamente ó de un modo indefinido.

ART. 243. El arresto de que en este párrafo se trata, tiene

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

lugar respecto de personas á quienes se impute un simple delito que la ley castiga con la pena de reclusión menor, sola ó alternativa con la de multa, si apareciere que son vecinos del lugar con casa abierta, ó que ejercen en él una industria por la cual pagan contribución de patente, ó alguna profesión titular gravada con esta misma contribución.

ART. 244. Sólo puede decretar el simple arresto el tribunal que instruye el sumario.

ART. 245. Para que pueda el tribunal decretar el simple arresto, es menester que concurran las circunstancias siguientes:

1.ª Que resulte comprobada la existencia de algún simple delito de los enumerados en el artículo 243, ó que, á lo menos, aparezcan en el proceso circunstancias que den grave fundamento para creer que se ha cometido;

2.ª Que haya, asimismo, indicios vehementes para reputar delincuente á la persona cuyo arresto se decrete.

ART. 246. Para constituir el simple arresto basta la notificación del auto en que el tribunal lo ordene.

ART. 247. El arrestado queda en la obligación de presentarse á todos los actos del juicio y á la ejecución de la sentencia, en los períodos de tiempo ó en los días que el tribunal le designe.

Esta asistencia sólo podrá ser diaria cuando el tribunal esté también diariamente practicando diligencias de investigación en el proceso.

II

DEL ARRESTO CALIFICADO

ART. 248. El *arresto calificado* comprende el señalamiento de una casa como límite de la residencia del procesado y la obligación de comparecer ante el tribunal periódicamente ó de un modo indeterminado.

ART. 249. El arresto calificado tiene lugar respecto de personas distinguidas cuando se les imputa algún simple delito no comprendido en el artículo 237, ni en el 243.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 250. Para el efecto del artículo precedente son personas distinguidas:

1.º Las personas naturales á quienes se refiere el inciso 7.º del artículo 37 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales;

2.º Los relatores y los secretarios de la Corte Suprema ó de alguna Corte de Apelaciones;

3.º Los promotores fiscales;

4.º Los que hubieren obtenido algún cargo de elección popular, durante el período de sus funciones;

5.º Las demás personas que, en concepto del tribunal, deban ser consideradas como tales.

ART. 251. Para que pueda el tribunal decretar el arresto calificado, es menester que concurran las circunstancias siguientes:

1.ª Que resulte comprobada la existencia de un simple delito, ó que, á lo menos, aparezcan en el proceso circunstancias que den grave fundamento para creer que se ha cometido;

2.ª Que haya asimismo indicios vehementes para reputar delincuentes á las personas cuyo arresto se decreta.

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 237 y 243.

ART. 252. Es aplicable al arresto calificado y al procesado sujeto á él, lo establecido en los artículos 244, 246 y 247.

III

DE LA DETENCIÓN

ART. 253. La *detención* es la restricción provisional que induce la obligación impuesta á una persona de permanecer en local destinado á este fin, ó en algún punto militar ó de otra fuerza pública que inspire toda seguridad.

ART. 254. La detención puede tener lugar:

1.º Por orden del tribunal que instruye un sumario;

2.º Por orden de otra autoridad expresamente autorizada al efecto;

3.º Por aprehensión de un delincuente infraganti;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

4.° Por aprehensión de personas á quienes están autorizados para aprehender los agentes de la policía de seguridad, cuando se verifica por éstos mismos.

ART. 255. Para que el tribunal que instruye un sumario pueda decretar la detención, es menester que concurran las circunstancias siguientes:

1.ª Que resulte comprobada la existencia de un crimen ó simple delito, ó que, á lo menos, aparezcan en el proceso circunstancias que den grave fundamento para creer que se ha cometido;

2.ª Que haya indicios vehementes para reputar delincuente á la persona cuya detención se ordena.

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 237, 243 y 251.

ART. 256. Los intendentes y gobernadores pueden dictar orden de detención, siempre que hubiere verdadero peligro de que se deje burlada la acción de la justicia por cualquiera demora en recabarla del tribunal competente, para aprehender á los culpables de los crímenes ó simples delitos siguientes:

1.° Crímenes ó simples delitos contra la seguridad exterior y soberanía del Estado, ó contra su seguridad interior:

2.° Falsificación de moneda ó documentos de crédito del Estado, de las Municipalidades, de establecimientos públicos y de sociedades anónimas ó de bancos de emisión legalmente autorizados;

3.° Crímenes ó simples delitos cometidos para producir descarrilamiento en una línea férrea;

4.° Homicidio voluntario;

5.° Lesiones graves;

6.° Incendio;

7.° Robo con violencia ó intimidación de las personas.

ART. 257. Asimismo pueden los subdelegados dictar orden de detención contra los responsables de los crímenes ó simples delitos señalados en los números 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo precedente, cuando la demora en recabarla de la autoridad competente puede dejar burlada la acción de la justicia.

ART. 258. Todo tribunal puede dictar orden de detención contra las personas que, dentro de la sala del despacho, come-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tieren algún crimen ó simple delito, aun cuando no puedan ser calificados de delincuentes infraganti.

Los jueces de letras pueden asimismo dictarla en el caso del artículo 79 respecto de los reos de crímenes ó simples delitos que deban ser perseguidos de oficio.

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 237, 243 y 251.

ART. 259. Siempre que las autoridades expresadas en los tres artículos precedentes expidieren orden de detención, la comunicarán en el acto al tribunal competente y le enviarán los documentos ó antecedentes que hayan tenido á la vista al dictarla.

Desde el momento en que el tribunal competente reciba esta comunicación, queda á su disposición el detenido si la orden se hubiere ejecutado; ó bajo su responsabilidad la ejecución de la misma en el caso contrario. En consecuencia. mantendrá la orden de detención ó la convertirá en orden de citación ó de arresto simple ó calificado, según lo estimare prudente.

Véase el artículo 13 de la Ley de Garantías Individuales.

ART. 260. Toda orden de detención debe expedirse por escrito.

ART. 261. La orden de detención contendrá:

1.° La designación del tribunal ó autoridad expresada en los artículos 255, 256, 257 y 258 que la expida;

2.° La persona á quien se encargue su ejecución;

3.° El nombre y el apellido de la persona á quien debe aprehenderse;

4.° El crimen ó simple delito que la motiva;

5.° La cárcel ó lugar público de detención ó á donde deba conducirse el detenido;

6.° La circunstancia de si ha de mantenérsele ó no en comunicación;

7.° La firma del tribunal ó autoridad que la expide, y la de su secretario, si lo tuviere.

ART. 262. Puede encargarse á la policía de seguridad la ejecución de la orden; y en tal caso, el jefe de ella designará el individuo ó individuos que hayan de darle cumplimiento.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 263. Si no fuere conocido el nombre de la persona que se manda aprehender, se designará ésta por las circunstancias que más claramente la individualicen ó determinen.

Si se tratare de malhechores que anden en cuadrilla, bastará que se designe determinadamente á uno ó varios para que se pueda aprehender á los demás que se encuentren en su compañía.

ART. 264. Para llevar á efecto la orden de detención, expedirá el tribunal ó autoridad que la hubiere decretado, un mandamiento en el cual se consignará literalmente el auto ó decreto que lo dispone.

ART. 265. El mandamiento debe intimarse al tiempo de ejecutarlo á la persona ó personas en quienes debe cumplirse.

La persona á quien se hubiere hecho la intimación tiene derecho á que se le manifieste el mandamiento y á que se le dé copia de él por el encargado de cumplirlo y bajo su firma, á más tardar al tiempo de la prisión, y, si esto no fuere posible, dentro de las veinticuatro horas.

ART. 266. El alcaide de la cárcel ó la persona encargada del lugar de detención en que se reciba al aprehendido, al copiar en su registro la orden de detención, hará mención de la persona que lo ha conducido, y dará copia de la partida que sentare al aprehendido, si la pidiere.

ART. 267. Si constare al tribunal que la persona contra quien expide una orden de detención se encuentra gravemente enferma, puede ordenar que sea conducida en calidad de detenida á un hospital, ó usar, mientras dure la imposibilidad, de cualquiera otra medida que estime conveniente para evitar la fuga.

Si esta imposibilidad sólo fuere conocida en el momento de la aprehensión, el encargado de ella la suspenderá; y tomando entretanto las precauciones necesarias para evitar la fuga, dará cuenta al tribunal ó autoridad que hubiere decretado la detención para que determine lo que convenga.

ART. 268. Siempre que se aprehendiere á un empleado público, se dará cuenta de la detención al superior jerárquico.

Si el detenido tuviere á su cargo caudales de la hacienda pública, se llenarán además las formalidades prescritas por las leyes del ramo para asegurar dichos caudales y la formación de la correspondiente cuenta.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 269. *Cualquiera* resistencia á la ejecución de una orden de detención expedida con arreglo á lo dispuesto en los artículos 255, 256, 257, 258, 260, 261, 263 y 264, autoriza el empleo de la fuerza con el solo objeto de asegurar la persona que deba ser aprehendida.

ART. 270. En caso que fundadamente se tema la fuga ó resistencia del que ha de ser aprehendido, se podrá, con el objeto de asegurar su persona, emplear la fuerza antes de intimar el mandamiento; pero en este caso debe hacerse esta intimación tan pronto como cese el peligro de la fuga ó resistencia.

ART. 271. Puede cualquiera persona, sin necesidad de orden de autoridad competente, detener á un delincuente infraganti.

Están obligados á detenerlos los agentes de la policía de seguridad, sea obrando por sí, sea á requisición de cualquiera persona.

Véase el artículo 48 de Seijas, *Teoría de Instituciones Judiciarias.*

ART. 272. Asimismo están obligados todos los ciudadanos á prestar el auxilio necesario á las personas que lo impetren para asegurar el éxito de las persecuciones infraganti, aunque los que las hagan no sean funcionarios públicos.

ART. 273. Para los efectos del artículo 271 se reputa *delincuente infraganti:*

1.º Al que actualmente está cometiendo el delito;

2.º Al que acaba de cometerlo;

3.º Al que en los momentos de cometerse el delito huye del lugar en que se cometió y es designado por el ofendido ú otra persona como autor ó cómplice;

4.º Al que en un tiempo inmediato á la perpetración del delito es encontrado con objetos procedentes del delito ó con señales en sí mismo ó en sus vestidos que induzcan á sospechas de su participación en él, ó con las armas ó instrumentos que se emplearon para cometerlo;

5.º Al que personas asaltadas, heridas, hurtadas ó robadas que reclaman auxilio, señalan como autor ó cómplice del delito que acaba de cometerse.

ART. 274. No podrán emplearse medios compulsivos para detener al delincuente que exprese estar dispuesto á obedecer

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la intimación que el aprehensor le hiciere de comparecer ante el tribunal competente en el día y hora adecuados que le señale, si se encontrare en algunos de los casos expresados en los artículos 237 y 243.

Mas, para que en el caso del segundo de estos artículos se deje en libertad al delincuente infraganti, es menester que persona de responsabilidad y vecina del lugar se obligue por escrito á que el delincuente comparecerá ante el tribunal competente, y á pagar la multa que, en caso de no comparecer éste, se le aplicare.

ART. 275. Todo el que aprehendiere á un delincuente, tomará las precauciones necesarias para impedir que haga en su persona ó en su traje alteraciones que puedan dificultar su reconocimiento.

ART. 276. Todo delincuente aprehendido por orden de autoridad competente, será conducido en el acto á la cárcel ó al lugar público de detención que el respectivo mandamiento señalare.

Al recibirlo, el alcaide ó encargado del lugar de detención, copiará en su registro la orden en dicho mandamiento comprendida, ó el mandamiento mismo.

ART. 277. Si la orden hubiere sido expedida por alguna de las autoridades expresadas en los artículos 256, 257 y 258, el detenido será inmediatamente puesto á disposición del tribunal competente.

ART. 278. La persona detenida por un particular como delincuente infraganti, debe ser inmediatamente conducida, ó bien á la cárcel ó lugar público de detención, ó bien ante un jefe de policía de seguridad.

ART. 279. En el *primero* de los casos expresados en el artículo precedente, el alcaide ó encargado del lugar de detención, al recibir al delincuente, hará que la persona que lo conduce le deje por escrito y bajo su firma, una exposición sobre el hecho que motivó la aprehensión y la designación de su propio domicilio.

Si esta persona no supiere firmar, firmarán por ella dos testigos llamados al efecto.

El alcaide ó jefe del establecimiento de detención dará parte

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

del depósito del aprehendido al tribunal competente, en la audiencia más inmediata ó, á más tardar, dentro de las veinticuatro horas siguientes á la recepción del aprehendido.

Si transcurridas veinticuatro horas después de dado el parte de que habla el inciso precedente, no se hubiere expedido la orden de detención ó no se hubiere notificado al alcaide ó jefe del establecimiento de detención, éste deberá, sin demora, dar nuevo parte al tribunal.

El alcaide ó jefe del establecimiento de detención anotará al pie de la exposición del aprehensor la hora en que diere estos avisos.

La omisión de estos avisos hará al alcaide ó jefe del establecimiento responsable del simple delito de detención arbitraria.

Véase el artículo 21 de la Ley de Garantías Individuales.

ART. 280. En el *segundo* de los casos del precitado artículo 278, el jefe de la policía de seguridad hará dejar la exposición escrita que expresa el artículo precedente, si el aprehendido lo hubiere sido por un particular; ó anotará las circunstancias de la aprehensión, si ésta se hubiere verificado por algún agente de policía; y retendrá al aprehendido, ó le pondrá en libertad intimándole que comparezca dentro de veinticuatro horas al tribunal competente, habida consideración á la clase de delito cometido y á las circunstancias personales del aprehendido.

En el caso de los delitos á que se refiere el artículo 237, el jefe de policía pondrá al aprehendido en libertad, limitándose á hacerle la intimación de comparecer ante el tribunal competente, dentro de las veinticuatro horas, si fuere vecino del lugar, con casa abierta ó si ejerciere en él alguna industria ó profesión gravada con la contribución de patente; ó si persona de responsabilidad y vecina del lugar se obligare por escrito á que el aprehendido obedecerá á la intimación y á pagar la multa que se le aplique. El jefe de policía facilitará al aprehendido los medios racionales y expeditos que propusiere para acreditar las circunstancias ó presentar al fiador expresado.

ART. 281. El jefe de la policía que retuviere al aprehendido deberá ponerlo inmediatamente á disposición del tribunal competente.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Si el tribunal no estuviere funcionando, cumplirá con lo dispuesto en el inciso precedente tan pronto como vuelva á funcionar.

ART. 282. El tribunal ante quien se condujere á un delincuente infraganti, procederá inmediatamente á tomar declaraciones al aprehensor, á los testigos presenciales y al mismo aprehendido; y, en vista de estas informaciones, lo pondrá en libertad, ó decretará su arresto, detención ó prisión preventiva según proceda.

ART. 283. Los agentes de la policía de seguridad están autorizados para aprehender, á más de los delincuentes infragantis:

1.º Al sentenciado á las penas de presidio, reclusión ó prisión que quebrantare su condena;

2.º Al que se fugare estando detenido ó preso por causa pendiente;

3.º Al que anduviere disfrazado y rehusare darse á conocer;

4.º Al que se encontrare á deshora ó en lugares ó en circunstancia que presten motivo fundado para atribuirle malos designios, si las explicaciones que diere de su conducta no desvanecieren las sospechas.

ART. 284. El jefe de policía ante quien fueren conducidas las personas comprendidas en alguno de los dos primeros números del artículo precedente, las pondrá á disposición del tribunal competente dentro de los términos señalados en el artículo 281.

En cuanto á los comprendidos en los otros dos números, los retendrá ó pondrá en libertad, según las explicaciones que de su conducta dieren y según el mérito que arrojen las circunstancias que motivaron la determinación. En caso de retenerlos habrá lugar á lo dispuesto en el precitado artículo 281.

ART. 285. Los detenidos estarán, á ser posible, separados los unos de los otros.

Si la separación no fuere posible, el tribunal cuidará de que no se reúnan en una misma prisión personas de diferente sexo ni los co-reos, y de que los jóvenes y los no reincidentes se hallen separados de los de edad madura y de los reincidentes.

Para la distribución de los detenidos se tendrá en cuenta el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

grado de educación de los mismos, su edad y la naturaleza del delito que se les imputa.

ART. 286. Todo detenido puede procurarse á sus expensas las comodidades y ocupaciones que sean compatibles con el objeto de su detención y con el régimen de la cárcel, siempre que no comprometan su seguridad ni la reserva del sumario.

ART. 287. Cuando el detenido deseare ser visitado por un ministro de su religión, por su médico, su abogado ó su procurador, ó por personas con quienes esté en relación de intereses ó que puedan darle consejos, deberá permitírsele con las condiciones prescritas en el reglamento de la cárcel, si no afectaren el secreto y éxito del sumario.

ART. 288. El tribunal autorizará asimismo, en cuanto no se perjudique el éxito del sumario, los medios de correspondencia y comunicación de que pueda hacer uso el detenido.

En ningún caso se podrá impedir á los detenidos que escriban á los funcionarios superiores del orden judicial ni á los oficiales del ministerio público.

ART. 289. No se adoptará contra el detenido ninguna medida extraordinaria de seguridad sino en caso de desobediencia, de violencia ó de rebelión, ó cuando haya intentado fugarse ó hecho preparativos para ello.

Toda medida extraordinaria que se tome deberá ser temporal.

Se exceptúan de la disposición del inciso 1.º á los detenidos por delitos atroces.

ART. 290. El detenido puede ser incomunicado por el tribunal en caso que la incomunicación sea absolutamente necesaria para la averiguación y comprobación del delito.

ART. 291. La incomunicación sólo podrá durar el tiempo estrictamente preciso para evacuar las citas, sin que por regla general deba durar más de diez días.

Si las citas hubieren de evacuarse fuera del territorio chileno ó á larga distancia, la incomunicación podrá durar el tiempo prudencialmente preciso para evitar la confabulación.

ART. 292. Podrá el tribunal ordenar que vuelva á quedar incomunicado el detenido, si la causa ofreciere mérito para ello.

En este caso, sólo se instruirá al detenido de la parte dispositiva del decreto de incomunicación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 293. El incomunicado podrá asistir con las precauciones debidas á las diligencias periciales en que la ley le dé intervención, siempre que su presencia no pueda desvirtuar el objeto de la incomunicación.

ART. 294. Se permitirán al incomunicado los libros, recado de escribir y demás efectos que él se proporcione, si á juicio del tribunal no ofrecieren inconveniente.

ART. 295. El incomunicado no podrá entregar ni recibir carta ni papel alguno sino por conducto y con licencia del tribunal, el cual se instruirá de su contenido para darles ó negarles curso.

No se *comprenden* en esta disposición las comunicaciones á que se refiere el inciso 2.º del artículo 288.

Estas comunicaciones, sin embargo, se presentarán cerradas al tribunal; quien tomará las medidas necesarias para que lleguen directamente á su destino y no por conductos que puedan extraviarlas.

ART. 296. Puede el incomunicado conferenciar con su abogado en presencia del tribunal.

ART. 297. Es prohibido á todo detenido comunicarse con los testigos del sumario y con aquellos con quienes deba ser carcado.

IV

DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

ART. 298. La *prisión preventiva* es la privación de la libertad decretada por el tribunal con motivo racionalmente fundado para creer al procesado á quien se ha declarado reo, responsable del crimen ó simple delito que se persigue.

ART. 299. No tiene lugar la prisión preventiva en los casos en que no lo tiene el arresto simple, el calificado, ni la detención.

ART. 300. Siempre que las declaraciones del procesado y las investigaciones practicadas con motivo de ellas no dieren mérito para sobreseer con arreglo á lo prevenido en el título *Del sobreseimiento*, el tribunal lo declarará reo; y si estuviere ya detenido, decretará contra él auto de prisión.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 301. El *auto de prisión preventiva* contendrá la designación precisa del reo y del crimen ó simple delito que lo motiva.

Se notificará al procesado y al alcaide de la cárcel ó encargado del lugar de detención en que aquel se encontrare.

ART. 302. Los presos estarán separados de los detenidos siempre que sea posible.

Es aplicable á los presos todo lo prevenido en los artículos 285 y siguientes sobre el trato é incomunicación de los reos.

§ 3

De la agravación de las restricciones de la libertad

ART. 303. Si el citado con arreglo á lo prevenido en el artículo 237 no compareciere ni justificare causa legítima que se lo impida, el tribunal convertirá en orden de arresto calificado ó de detención la de citación, á menos que estime conveniente repetir ésta por una vez.

ART. 304. La violación de un grado restrictivo de libertad da mérito para constituir al que lo quebrantase en el inmediato más penoso.

Lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 289.

§ 4

De la libertad provisional de los procesados

ART. 305. Se concederá, de oficio ó á petición de parte, libertad provisional, bajo de fianza y previa audiencia del ministerio público, al arrestado, detenido ó preso:

1.º Por simple delito que la ley no castigue con pena aflictiva;

2.º Por simple delito que la ley castigue con pena de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento ó relegación menores en su grado máximo, si el procesado no lo fuere como autor del simple delito, ó, si siéndolo, aparecieren suficientemen-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

te comprobadas en el proceso dos ó más circunstancias atenuantes que redujeren la pena en uno ó dos grados;

3.° Por simple delito que la ley castigue con alguna de las penas del número precedente, en cualquiera de los grados, si el procesado no lo fuere como autor del simple delito, ó, si siéndolo, apareciere suficientemente comprobadas en el proceso, ó bien alguna circunstancia atenuante que excluya la aplicación del grado máximo de la pena, ó bien dos ó más que rebajen á otro inferior el número señalado por la ley.

ART. 306. No se concederá la libertad provisional al arrestado, detenido ó preso, cuando la restricción que se le hubiere impuesto la considere el tribunal estrictamente necesaria para las investigaciones del sumario ó para la seguridad personal del ofendido.

Pero, llenados estos fines, se observará lo dispuesto en el artículo precedente.

ART. 307. Se puede pedir ó decretar de oficio la libertad provisional en cualquier estado del juicio.

Puede pedirla la persona contra quien se hubiere expedido un decreto de arresto ó de detención aun antes de ser ejecutado éste.

ART. 308. El incidente sobre libertad provisional del procesado se tramitará sólo entre éste y el ministerio público, aun cuando haya parte querellante ó acusadora.

Esta disposición es aplicable en los procesos á que se refieren los artículos 7.° y 8.°

ART. 309. Si la solicitud sobre libertad provisional fuere presentada por el procesado, se dará traslado de ella al ministerio público, el cual responderá en el término de segundo día.

Dentro de las veinticuatro horas siguientes á la respuesta del ministerio público, resolverá el tribunal, concediendo ó denegando la libertad.

ART. 310. Si la libertad provisional del procesado fuere pedida por el ministerio público, el tribunal resolverá sobre ella de plano, ú oirá al procesado, según lo estime conveniente.

ART. 311. Si pareciere al tribunal que debe conceder de oficio la libertad provisional, dará vista sobre ello al ministerio

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

público; y, con el dictamen respectivo, procederá como en el caso del artículo precedente.

ART. 312. El auto en que el tribunal deniegue la libertad provisional del procesado puede ser reconsiderado y repuesto en cualquier tiempo, de oficio ó á petición de parte.

Pedida la reconsideración del auto, puede el tribunal, cuando lo estime de derecho, denegarla de plano.

ART. 313. La fianza tiene por objeto asegurar la comparecencia del procesado á todos los actos del juicio para los cuales sea citado ó llamado y el cumplimiento de la sentencia que se pronuncie.

Se otorgará por escritura pública y se agregará copia de ella al proceso.

El tribunal fijará la cuantía de la fianza, habida consideración á la naturaleza del crimen ó simple delito imputado, á la pena que la ley le señala y á las condiciones personales del procesado.

El fiador debe ser vecino del lugar y tener la solvencia determinada por el artículo 2350 del Código Civil.

Véase el artículo 194 de Seijas, *Teoría de Instituciones Judiciarias.*

ART. 314. Á la fianza puede sustituirse prenda ó hipoteca suficiente.

ART. 315. Si el procesado puesto en libertad provisionalmente no compareciere á los actos del juicio para los cuales fuere citado ó llamado, y no se justificare haber tenido imposibilidad física ó moral, se aplicará á la Municipalidad la cuarta parte de la fianza.

Si desapareciere ó se sustrajere al cumplimiento de la sentencia, todo el monto de la fianza quedará aplicado á la Municipalidad. Se entiende, para el efecto de este inciso, que el procesado ha desaparecido cuando el fiador no lo presenta al tribunal dentro del término que éste le señalare, atendidas las circunstancias.

Para la imposición de la multa en cualquiera de estos casos, será oído el fiador.

ART. 316. Puede el tribunal poner término á la libertad provisional siempre que tuviere motivo fundado para temer que el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

procesado que la ha obtenido se fugue, y siempre que nuevas investigaciones modifiquen la condición legal del mismo procesado.

ART. 317. El procesado por simple delito que fuere absuelto por sentencia de primera instancia, será puesto provisionalmente en libertad, bajo fianza, si el ministerio público lo pidiere ó se conformare con ello.

TÍTULO V

Del embargo de bienes y de la administración de éstos

ART. 318. Inmediatamente que el tribunal declare reo al procesado, mandará embargarle bienes suficientes para cubrir las responsabilidades pecuniarias que le imponga en definitiva.

En el mismo auto fijará la cantidad hasta la cual habrá de extenderse el importe calculado de los bienes que hayan de embargarse.

ART. 319. El tribunal decretará asimismo contra el declarado reo, embargo de bienes en cantidad suficiente para asegurar el resultado de las acciones civiles provenientes del crimen ó simple delito que es materia del sumario, si el interesado lo pidiere.

Lo decretará de oficio en favor de las acciones fiscales.

En todo caso el tribunal fijará también la cantidad calculada de este embargo.

ART. 320. Para llevar á efecto lo dispuesto en los artículos precedentes, el tribunal expedirá mandamiento de embargo hasta la cantidad que hubiere fijado.

Se requerirá al reo para que señale bienes suficientes en que verificarlo.

ART. 321. Cuando el reo no fuere habido, se hará el requerimiento á su mujer, hijos, apoderado, sirvientes ó personas que se encuentren en su domicilio.

Si no se encontrare ninguna, ó si el reo ó dichas personas en su caso no quisieren señalar bienes, se embargarán los que se reputen pertenecientes al procesado.

ART. 322. Cuando el reo ó personas indicadas en un caso

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

señalaren bienes, y el receptor encargado de hacer el embargo creyere que no son suficientes, embargará además los que considere necesarios.

ART. 323. El mandamiento de embargo expedido contra los bienes de la mujer casada, no divorciada ni separada de bienes, se hará efectivo en los del marido.

ART. 324. El receptor encargado del embargo entregará, bajo inventario, los bienes en que lo hubiere verificado, al vecino con casa abierta que elija, y dará cuenta al tribunal para que disponga lo conveniente acerca del depósito y administración de ellos.

ART. 325. El depositario elegido por el receptor podrá recoger y conservar los bienes embargados, ó dejarlos, bajo su responsabilidad, en poder del reo.

ART. 326. Si los bienes embargados fueren semovientes, el tribunal requerirá al reo para que manifieste si opta por que se enajenen ó por que se conserven en depósito y administración.

Si optare por la enajenación, se procederá á la venta en pública subasta hasta enterar la cantidad señalada, la cual se depositará en arcas fiscales.

Si optare por el depósito y administración, el tribunal nombrará un depositario, el cual recibirá los bienes bajo inventario.

ART. 327. El depositario cuidará de que los semovientes den los productos propios de su clase con arreglo á las circunstancias, y procurará su conservación y aumento.

Si creyere conveniente enajenarlos todos ó algunos, pedirá al tribunal la correspondiente autorización.

El tribunal autorizará la enajenación siempre que convenga en ello el reo. La decretará aún contra la voluntad del reo, siempre que los gastos de administración y conservación excedan de los productos que dieren, á menos que el pago de dichos gastos se asegure suficientemente por el reo ó por otra persona.

ART. 328. Si en el progreso del juicio sobrevinieren motivos bastantes para creer que las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan imponerse, excederán la cantidad prefijada para asegurarla, el tribunal mandará ampliar el embargo.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 329. Asimismo mandará el tribunal reducir el embargo á menor cantidad que la prefijada si resultaren motivos bastantes para creer que dicha cantidad prefijada es superior á las responsabilidades que en definitiva puedan imponerse al reo.

ART. 330. Si los bienes embargados fueren inmuebles, podrá el tribunal dejar al reo durante el juicio el goce de los frutos ó parte de ellos.

ART. 331. En lugar del embargo de bienes, podrá el tribunal, si lo estima bastante, decretar contra el reo prohibición de enajenar ó gravar los inmuebles que posea ó parte de ellos.

Esta prohibición se inscribirá en el respectivo registro del conservador.

ART. 332. En casos urgentes, y tan pronto como del sumario resulten indicios de criminalidad contra alguna persona, podrá el tribunal decretar con calidad de provisional el embargo y prohibición de que tratan los artículos precedentes.

También podrá decretar esta prohibición á petición de parte interesada, ó de oficio en favor de las acciones fiscales, para asegurar el resultado de las acciones civiles desde que haya mérito plausible para ello en el proceso.

Si posteriormente declara reo al procesado, mandará subsistir en calidad de definitiva la medida decretada ó la sustituirá por la otra.

Si sobresee en el proceso, les pondrá término.

ART. 333. Se formará ramo separado de todas las diligencias relativas al embargo de bienes, á la administración y enajenación de éstos y á la rendición de cuentas del depositario.

ART. 334. Se omitirá ó alzará el embargo ó se alzará la prohibición de enajenar ó gravar, siempre que el procesado asegure con fianza ó hipoteca suficiente las responsabilidades pecuniarias que puedan imponérsele en definitiva.

ART. 335. Asimismo se omitirá el embargo siempre que notoriamente conste la falta de bienes en que hacerlo efectivo.

ART. 336. En todo lo que no esté determinado en el presente título, el tribunal aplicará lo dispuesto sobre embargos en el Código de Enjuiciamiento Civil.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

TÍTULO VI

De la confesión

ART. 337. Declarado reo el procesado, se procederá dentro de las veinticuatro horas al trámite de la confesión.

Es *confesión* la diligencia en que el tribunal, ante el secretario, presenta al reo los datos que contra él aparecen en el sumario y le hace los cargos y reconvenciones que de ellos y de sus contestaciones resultan, para que explique los hechos, los confiese, los disculpe ó los niegue.

Cargo es la manifestación que el tribunal hace al reo de la criminalidad que contra él resulta en el sumario, para que dé las explicaciones ó disculpas que le convengan, ó niegue ó confiese el delito que se le imputa.

Reconvención es la réplica en que el tribunal impugna las contestaciones del reo.

ART. 338. La confesión es un trámite esencial del juicio.

Sin embargo, puede omitirse cuando el procesado hubiere confesado el delito en las declaraciones anteriores al auto en que se le declara reo.

ART. 339. No se podrán hacer al reo otros cargos que los que efectivamente resulten del sumario y tales como resulten; ni otras reconvenciones que las que racionalmente se deduzcan de sus contestaciones.

El Tribunal se abstendrá también de agravar los unos y los otros con calificaciones arbitrarias.

ART. 340. No está el reo obligado á contestar á los cargos ó reconvenciones que no estén concebidas con toda claridad ó que no resulten del sumario ó de sus contestaciones.

ART. 341. Todas las reglas dadas en el párrafo 7.º del título *De la comprobación del cuerpo del delito y del delincuente*, en orden á la manera de pedir, recibir y extender en el proceso las declaraciones de los procesados, son aplicables á la confesión, salvo las modificaciones que en los artículos anteriores y en los siguientes se establecen.

✠ JOSÉ BERNARDO LIRA

(Concluirá)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

OBSERVACIONES SOBRE EL JUICIO CRIMINAL SEGUIDO AL NOTARIO DE PEUMO

Santiago, 20 de enero de 1889.

SEÑOR DIRECTOR DE LA "REVISTA FORENSE CHILENA":

En el número correspondiente al 1.º del actual de su importante REVISTA, he visto publicado un artículo de nuestro ilustrado compañero don Agustín Correa Bravo, al cual me voy á permitir agregar dos palabras, por si usted juzga del caso darles cabida en aquélla.

Me refiero á las observaciones que á nuestro compañero sugieren los 84 y 46 años de presidio impuestos, respectivamente, al notario de Cachapoal don Clemente León y á sus amanuenses don Pablo Williampson y don Nicolás Cuadra.

Por mi parte, concuerdo con el señor Correa en las deducciones generales que saca del hecho de haberse impuesto tan enormes penas por delitos relativamente insignificantes; pero llego más allá: á afirmar una vez más que no fueron tales los actos de León, ni menos los de sus amanuenses, que tan insólitos castigos les acarrearon.

Como se hacía notar en el artículo de mi referencia, en 1886 se ausentó de Peumo, asiento de aquella notaría, don Pedro Jofré, uno de los escribientes de ella, sin firmar varias escrituras en que había actuado como testigo. Notada esta circunstancia por el notario León en 1887, y en víspera de recibir visita de su oficina, indagó de sus otros escribientes cuáles habían presenciado el otorgamiento de esas mismas escrituras; y, como la notaría de Cachapoal ocupa un local muy reducido y todos sus amanuenses trabajan en la misma mesa, sucedió, naturalmente, que algunas de ellas eran conocidas por otros de los compañeros de Jofré, tan testigos como éste de su otorgamiento. Creyó

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

León, en tal circunstancia, que lejos de cometer delito, propendía al orden y arreglo de su oficina si *subrogaba* ó *sustituía* al testigo Jofré por don Pablo Williampson ó don Nicolás Cuadra en aquéllas cuyo otorgamiento hubieran respectivamente presenciado; y ellos, por su parte, no tuvieron inconveniente en aparecer como testigos de escrituras en que lo eran efectivamente. Ordenóles, pues, León que rasparan el nombre de Pedro Jofré en aquellas escrituras en que se había indicado por testigo, sin firmarlas, y lo sustituyeran por los de Cuadra ó Williampson agregando su firma cada uno al pie de las que hubieran respectivamente presenciado. Agrególes León que al hacerlo así no infringían ley ni reglamento alguno, pues el notario podía hacer intervenir como testigo de sus actos al amanuense que quisiera; y ellos, *obedeciendo las órdenes de su jefe*, hicieron lo que les mandaba.

Tal arreglo, que León creyó lícito y conveniente, fué denunciado por el gobernador departamental al juez de letras de Rancagua, quien ordenó se instruyera el sumario correspondiente, en el cual León y sus amanuenses confesaron desde el primer momento los hechos como quedan expuestos, con aquella profunda buena fe de quien tiene tranquila su conciencia y cree haber obrado con toda sujeción á la ley y sus obligaciones.

Al principio parecía que los hechos les daban la razón, pues, concluído el sumario, el promotor fiscal creyó que aún no había bastantes antecedentes y que debía adelantarse, á lo que el juez y la Excma. Corte negaron lugar, con la circunstancia, digna de tomarse en cuenta, de haber opinado el señor Ministro Covarrubias por la inmediata libertad de los procesados.

Nada, pues, hacía presagiar un funesto desenlace, dados estos antecedentes; nada constaba de autos sino la espontánea confesión de los acusados en la misma forma que queda mencionada; ninguna prueba se había podido producir contra aquéllos, antes bien, ellos habían probado su irreprochable conducta y la posición distinguida que en Peumo disfrutaban.

En tales circunstancias fué cuando el señor juez pronunció la siguiente sentencia:

"Considerando: que el notario público de Cachapoal don Clemente

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

León ha supuesto en 27 escrituras públicas la intervención como testigos instrumentales de personas que no la han tenido, por cuanto don Nicolás Cuadra y don Pablo Williampson firmaron al año siguiente los instrumentos que por olvido ú otra causa dejó de suscribir el testigo instrumental don Pedro Jofré, quien fué el que verdadera y legalmente figuró como testigo instrumental en estas escrituras;

Considerando: que una vez suscrita por las partes una escritura pública no es lícito al escribano hacer en ella alteración alguna;

Considerando: que siendo un delito las alteraciones verificadas en las escrituras en referencia, la intervención de los amanuenses don Pablo Williampson y don Nicolás Cuadra importa para ellos la responsabilidad de autores en el delito que se juzga, por haber tomado en su ejecución una parte inmediata y directa.

Con arreglo á estos fundamentos y á lo dispuesto en las leyes 2.ª, título 13, y 32, título 16, Partida 3.ª; y artículos 262, 261, 194, 193, 74, 29 y 24 del Código Penal, condeno á don C. León á 3 años y 1 día de presidio por cada una de las 28 falsificaciones expresadas, y á don P. Williampson y don N. Cuadra á 54 días de la misma pena por cada una de las 27 falsificaciones en que han intervenido», etc.

Total, 84 años 28 días de presidio para el notario y 46 años y medio para sus amanuenses.

Apelada esta sentencia, la Excma. Corte la confirmó lisa y llanamente por los votos de los señores ministros Cousiño, Ábalos y Ballesteros, y contra el del señor Presidente Bernales, *quien opinó por la completa absolución de los acusados.*

No es mi ánimo, naturalmente, otro que llamar la atención de mis colegas de profesión al caso, en verdad extraordinario, que dejo fielmente relatado; y por eso que, á fin de provocar si es posible discusión (ya que de ella sale la luz) voy á reproducir los argumentos capitales que ante la Excma. Corte se hicieron valer para, destruyendo la sentencia de primera instancia y los fundamentos en que se apoyaba, comprobar la absoluta inocencia de los procesados.

Las principales de esas razones fueron más ó ménos las siguientes:

Que no es exacto, como sostiene el primero de los considerandos transcritos, que León supusiera la intervención de personas que no la habían tenido en las 27 escrituras á que se refiere,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pues de autos constaba precisamente lo contrario, esto es, que Williampson y Cuadra habían presenciado el otorgamiento de ellas en la misma mesa en que Jofré trabajaba, sin que hubiera en contra ni prueba ni aún indicio el que menor.

Que el que Williampson y Cuadra firmaran al año siguiente de su otorgamiento dichas escrituras, no quiere evidentemente decir que no fueran testigos en ellas ó no presenciaran su otorgamiento, como el mismo considerando citado supone; y en efecto, á renglón seguido sostiene que don Pedro Jofré fué verdadera y legalmente testigo, á pesar de no haber firmado, no digo al año siguiente, sino nunca que yo sepa: lo cual quiere decir que una cosa es el hecho material de haber actuado como testigo y otra la constancia ó prueba de ese hecho que pueden ser producidas, no precisamente un año después sino dos, tres ó diez.

En cuanto al segundo considerando, se observó que no podía en ningún modo sentarse como general la regla que pretende establecer; al contrario, se dijo, ninguna ley previene tal cosa y, lejos de ello, hay muchos casos en los cuales el notario no sólo puede sino que debe alterar una escritura ya suscrita, como sería el de haberse deslizado un error, etc., etc.

El tercer considerando fué rebatido con razones más fuertes todavía. "Es evidente, se dijo textualmente, que si León, á quien se mira como principal culpable, no lo fuera, mucho menos lo serían Williampson y Cuadra; y aún más, aunque el notario fuera culpable, todavía ellos serían inocentes, desde que obedecieron como sus empleados que eran, si no se mira como letra muerta la disposición del artículo 10, inciso 10 del Código Penal.

"Williampson y Cuadra, en efecto, amanuenses de León, no hicieron sino cumplir sus órdenes como consta de todo el proceso y muy en especial de la declaración de éste á fs. 63, con cuyo solo mérito ya uno de los señores Ministros de la Excma. Corte opinó á fs. 87 por que se sobreseyera definitivamente respecto de dichas personas. Ahora que se ha adelantado la investigación, que se ha seguido la causa por todos sus trámites, la inocencia de ellos aparece más manifiesta, si cabe, con la prueba tan favorable que consta de autos en pro de las circunstancias diversas que alegaron.

"En justificación, pues, de la exención de responsabilidad

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que por dicho motivo alego, bástame referirme á la ya citada disposición del número 10 del artículo 10 del Código Penal según la cual "está exento de responsabilidad el que obra en cumplimiento de un deber ó en el ejercicio legítimo de un oficio ó cargo."

"Pues bien, ¿quién dudará de que esta circunstancia favorece á mis patrocinados? ¿Quién sería el que pusiera en duda el deber de los escribientes de una notaría de hacer los trabajos que el notario les encomiende? Si el jefe de la oficina dice al amanuense: "borre este nombre, escriba esta frase" ¿deberá resistirse el amanuense?

"Ese, Excmo. Señor, es el caso de Williampson y Cuadra; y fíjese V. E. en las consecuencias verdaderamente enormes que acarrearía la regla contraria para el orden y seguridad de las oficinas públicas y para la responsabilidad de sus jefes. Mañana se deslizarán en una escritura palabras ó frases que pudieran cambiar por completo su sentido; dice el notario al escribiente: "borre eso y ponga esotro;" ¡y el escribiente se resiste, da copias del texto viciado, y hénos aquí con que el jefe ha sido desobedecido, con que no puede dominar una verdadera anarquía en su misma oficina!...

"¿Cabe, pregunto, situación más absurda? ¿Para qué será el escribiente si no ha de escribir cuanto le dicte su patrón? ¿Para qué será el amanuense de V. E. si mañana se le hace estampar una resolución y se le hace responsable de ella porque no se niega á obedecer á V. E.?

"Y sin embargo, á ese absurdo llega la sentencia apelada, á suponer autores de los delitos atribuídos á León, á los que fueron sus empleados, sus instrumentos, sin reparar en que el inciso 2.º del artículo 15 del Código Penal considera autores "á los que fuerzan ó inducen directamente á ejecutar el delito"; nó, jamás á los forzados ni á los inducidos! Y bien claro es que en el presente caso sin la inducción directísima ó mandato del jefe de la oficina, nada se habría hecho, de donde resultaría lo mismo que él estableció en su confesión de fs. 63, "que cualquiera responsabilidad recae sobre él, nó sobre sus empleados." La teoría contraria, la del señor juez, por desgracia, nos llevaría á extremos incalificables."

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Parece que con razones como las someramente apuntadas, quedaban rebatidos los considerandos transcritos de la sentencia; pero no fueron las únicos que se hicieran valer, pues la materia las sugería sobradas y fundadísimas.

Agregaré, efectivamente, que la sentencia apelada atacaba el mismo artículo 1.º del Código Penal en la parte que dice: "Es delito toda acción ú omisión voluntaria penada por la ley." "Ni qué delito sería ese, se agregaba, donde no hay malicia, no hay perjuicio de nadie, ni hay pena señalada por la ley?... Y á la verdad que es original! Al ladrón más avezado, al asesino más miserable, al criminal más audaz se les castiga con dos, cinco, diez años de presidio. Pero, ¡cosa rara! al supuesto reo de delitos que ninguna gravedad podrían afectar en el peor de los casos, á ése se le condena más que á presidio perpetuo, á presidio por cuarenta y seis años, el doble del tiempo que aun le resta para vivir!!!

Para evitar en lo posible repeticiones, me limitaré, en comprobación de que el achacado á León y compañeros, no puede ser delito por falta de dolo y perjuicio de terceros, á citar el segundo de los fundamentos por que el señor presidente de la Corte Suprema votó por la completa absolución de los acusados, y que dice: ..."No ha habido de parte de León dolo, malicia, ni la intención de dañar que son los elementos constitutivos del delito, ni se divisa el menor indicio de que León haya procedido guiado por algún interés personal para favorecer á alguno de los contratantes ó á un tercero, ni tampoco puede presumirse este propósito, puesto que la variación que León hizo en las mencionadas escrituras no toca en nada lo sustancial de su contenido, sino que todo ello ha consistido en la variación de un testigo."

Que no hay pena señalada por la ley al delito supuesto á León y sus amanuenses, es de fácil comprobación con sólo examinar el artículo 193 del Código Penal, en que la sentencia apelada creía encontrar aquélla; porque efectivamente (y está unánimemente reconocido), los actos cometidos no podrían considerarse como infracción de los números 1.º, 3.º, 4.º, 5.º, 7.º ú 8.º de dicho artículo. Que tampoco se supuso en el otorgamiento de las escrituras intervención de personas que no la tu-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vieron, que sería el caso del número 2.º, consta plenamente, pues Williampson y Cuadra han afirmado haber presenciado el otorgamiento de las que respectivamente firmaron, sin que se haya probado lo contrario, antes bien, constando que así debió suceder, "pues la oficina de aquella notaría era muy reducida y todos sus amanuenses trabajaban en la misma mesa y tenían conocimiento de todas las escrituras." Que tampoco era el caso del número 6.º del artículo citado, también se comprobó agregando que el cambio de un testigo por otro no podía estimarse "alteración ó intercalación que varíe el sentido" de una escritura pública.

Citóse todavía á la Excma. Corte casos prácticos análogos en los cuales jamás se había siquiera imaginado que notarios, en el mismo caso que León, fueran sometidos á juicio. Y en efecto, en la visita practicada por el señor ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, don José Alfonso, á la notaría de Curicó, se hizo notar que había "varias sentencias ejecutoriadas sin siquiera estar firmadas por el juez; que había escrituras en que faltaban firmas de notario y testigos, y que en otras se había enmendado nombres sin salvar las enmendaturas al fin del instrumento;" y, por su parte, el señor ministro del mismo Iltmo. Tribunal don Raimundo Silva, notó en su visita última á la notaría de San Bernardo iguales ó mayores irregularidades, sin que creyera tampoco necesario hacer uso de otras facultades que de las disciplinarias á que los ministros de fe están sujetos en tales casos.

Una sentencia de la Iltma. Corte de Concepción que ordena la libertad del secretario y notario de Coelemu, se hizo también valer ante la Excma Corte esperando que igual criterio la dominara tratándose de León y de sus amanuenses, sentencia que decía así:

"Concepción, 12 de mayo de 1888.—Vistos y considerando:

"1.º Que, acerca del primer hecho imputado al secretario judicial don Constantino Larénas, de haber variado la fecha de un decreto que ordenaba dar una copia, no se ha presentado ese documento, por lo cual falta la necesaria constancia del cuerpo del delito;

2.º Que respecto del segundo hecho, cual es, la supresión de unas palabras en el libramiento de fs. 3, cerrándolas entre paréntesis y sal

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vándolas después de firmado, aparece que esa modificación tuvo por objeto salvar una equivocación en la cantidad librada, que, si hubiera sido notada oportunamente por el juez, habría sido igualmente autorizada por él, según el mérito del expediente ejecutivo que se ha acompañado;

3.° Que las partes interesadas en dicho libramiento aceptan esa modificación, recibiendo el librado el saldo de su crédito y obteniendo el deudor la cancelación de su deuda;

4.° Que, dados estos antecedentes, no existe dolo de parte de Larénas ni perjuicio de terceros en la modificación recordada, sino un acto incorrecto por haberla hecho el secretario sin la intervención del juez que decretó el libramiento; y

5.° Que ese acto del secretario, si bien puede dar lugar á una medida disciplinaria, no constituye crimen ó simple delito,

Se declara que no há lugar á suspensión y prisión de don Constantino Larenas, oficiándose desde luego para que sea puesto en libertad, y se revocan en lo que sean contrarias á éstas las providencias apeladas de 17 de febrero, 30 de abril y 5 del actual, corrientes á fs. 6 y 8 vueltas y fs. 23.

Publíquese y devuélvanse.—Acordada por unanimidad; pero el señor Escobar tiene como único fundamento el no encontrar mérito actual bastante para la prisión y suspensión referidas.—Riso.—Martínez.—Escobar.—Novoa.— Pronunciada por la Iltma. Corte, *Soto Salas.*

De nada sirvieron, desgraciadamente, tantos razonamientos y tanta cita de antecedentes y autoridades, pues la Excma. Corte confirmó por mayoría de votos la sentencia objetada, que condenaba, según queda recordado, á León á 84 años 28 días, y á Williampson y Cuadra á 46 años seis meses de presidio mayor.

Nada se puede observar á tal sentencia del primer tribunal de la nación, pero sí cabe considerar la autorizada opinión de su presidente, el señor don José de Bernales, quien opinó por la completa absolución de los procesados, en virtud, entre otros, del esplícito considerando antes citado.

Y hé aquí que si á tan respetable voto en favor de León y compañeros, agregamos el del señor ministro del mismo Excelentísimo Tribunal don Álvaro Covarrubias, que anteriormente había opinado por la inmediata excarcelación de los reos, no

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

podemos menos de lamentar tan profunda divergencia de opiniones en cuestión tan interesante y transcendental.

Como lo decía muy bien el trabajo citado al principio del presente, este estado de cosas es el que hace necesarios los frecuentes indultos del Consejo de Estado, que todos quisiéramos no ver. Mas, si no ya los jueces inferiores, sino los más respetables de nuestra magistratura, disienten hasta tal punto; si en virtud de leyes oscuras ó absurdas se condena por simple mayoría de un voto, á quienes en conciencia son inocentísimos, y nó á una pena cualquiera sino á penas cuya misma severidad hace imposible su cumplimiento, ¿qué puede hacer el Consejo de Estado sino otorgar sus indultos, ni qué misión más noble que ejercer con tales ocasiones sus altísimas facultades?

Hé aquí por qué se hace indispensable proceder á una reforma inmediata del artículo 74 de nuestro Código Penal. Como recuerda el trabajo citado, lo ha pedido desde hace años uno de nuestros más distinguidos hombres públicos, el actual ministro de Relaciones Exteriores.

Hé aquí por qué es aún más indispensable enmendar, si es posible diariamente, todas nuestras leyes en el sentido que la práctica lo indique, y á fin de conseguir verlas en el más alto grado posible de adelanto y perfección.

Hé aquí por qué nuestros legisladores jamás debían dar de mano á tan necesaria tarea, y por qué nuestros Tribunales de Justicia debían cumplir la sabia disposición consignada en el artículo 5.º de nuestro Código Civil.

Hé aquí, en fin, señor Director, por qué me he permitido ocupar las columnas de su importante REVISTA, en el anhelo de llevar mi grano de arena á la grande obra del perfeccionamiento de nuestra legislación, al laudable fin de señalar sus puntos oscuros é incompletos.

De usted afectísimo compañero

FRANCISCO MESA TORRES

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

LA ESCUELA ANTROPOLÓGICA EN MATERIA DE CRIMINALIDAD

(Carta de M. Luigi Lucchini, profesor de Derecho Penal en la Universidad de Bolonia á M. Charles Lucas, miembro del Instituto de Francia)

26 de agosto de 1888.

SEÑOR Y QUERIDO MAESTRO:

Me pedís noticias sobre "la nueva escuela" de Derecho Penal en Italia, es decir, sobre la escuela de Lombroso y Ferri, para saber también si ella está, como se diría en la Bolsa, "en alza ó en baja."

Ciertamente, no soy quizás la persona mejor escogida para daros esas noticias, porque, según lo sabéis, soy uno de los adversarios (1) más declarados de esa corriente científica que basa la penalidad en el principio de la *predestinación antropológica* del criminal y en la *selección artificial* de la sociedad.

Temo que esto no sea sino un trastorno completo de los principios jurídicos y políticos, con la consecuencia directa de destruir la personalidad humana y de desconocer los justos límites del poder del Estado, las garantías de los ciudadanos y los resortes más poderosos y universales de la civilización y de la

(1) M. Lucchini es el competente y eminente autor de un libro por demás notable y apreciado, dado á luz en italiano, en mayo de 1886 en Turín, Roma y Nápoles, bajo el título: *I simplicisti (antropologi, psicologi) del diritto penale. Saggio critico* de Luigi Lucchini.

Este libro, de trescientas páginas, es una apreciación del más alto valor tocante á la escuela antropológica y cuya traducción sería muy deseable en Francia, donde, por lo demás, los principios de la escuela antropológica en materia criminal están lejos de haber encontrado acogida simpática entre los criminalistas más autorizados.— C. L.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

humanidad. Hay más aún: es un trastorno y destitución de las competencias científicas.

Admito perfectamente que se pueda y deba estudiar las causas de degeneración humana, entre las cuales figura ciertamente el crimen, y que se procure buscar los medios para combatirlas, en el número de los cuales, aunque en segundo rango, está la pena social. Pero esto es bien propio de la antropología, de la psicología y de la sociología, nó del Derecho. Consiento también y exijo que el criminalista, al examinar al culpable y los medios para neutralizarlo, conozca lo mejor posible la naturaleza humana en general y especialmente la del criminal. Empero, para el jurisconsulto esas son investigaciones complementarias que no pueden entrabar el desenvolvimiento y la aplicación de las leyes y principios fundamentales de Derecho y que derivan de otras fuentes igualmente y acaso más positivas, humanas y naturales que las llamadas antropológicas.

Hay, por otra parte, violación de la competencia científica. La sociedad política que se sirve de la penalidad para castigar al culpable no le asigna una función biológica en el progreso futuro de la raza humana (esto sería demasiado, y conduciría directamente á la policía antropológica de los matrimonios y de los nacimientos casi como en Esparta). Pero ella le exige una función jurídica para la conservación y la seguridad actual del organismo social, con un justo equilibrio de las exigencias colectivas *vis a vis* de las exigencias individuales.

Por fin, yo llamo paradógicas y muy poco serias las doctrinas que se apoyan sobre cálculos y averiguaciones que, por el momento, son del todo embrionarios, inciertos, contradictorios, y me he esforzado en demostrar que son insuficientes para establecer la existencia de una cualquiera de las tesis antropológicas y, en especial, del famoso tipo criminal.

En resumen, repito aquí lo que he escrito en otra parte, que las ideas de Lombroso y Ferri han tenido brillo especialmente porque se las ha presentado con un conjunto de aparatos exteriores, de cifras y cálculos estadísticos, de cartogramas, diagramas, fotografías, de imágenes fosforescentes, de oráculos sacados de la antropología, de la biología, de la etnología, de la psiquitria, de la sociología y de muchos ramos sabios muy mo-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dernos, cuyo solo nombre impone una alta consideración, acompañados de una exposición de cráneos y cerebros humanos, de compases craneométricos y de dinamómetros, de máquinas eléctricas y fotográficas, en una palabra, de todo lo que puede sorprender la imaginación y presuponer la existencia de un gran saber adquirido respecto de lo que concierne más de cerca á la vida y los actos humanos y sociales.

Me preguntáis, empero, si la escuela de Lombroso y Ferri está en alza ó en baja al presente. No puedo responderos sino llamando vuestra atención á los hechos siguientes... muy positivos:

1.° Ninguna idea perteneciente á la nueva escuela ha sido adoptada en el proyecto del nuevo Código Penal, ni por el Gobierno ni por la comisión de la Cámara (1).

2.° M. Ferri, que es un diputado de la Cámara, ha pronunciado un largo y buen discurso en la discusión del proyecto, pero él no ha podido proponer modificación alguna esencial, y no ha encontrado orador alguno que haya acogido sus puntos de vista;

3.° De día en día se ve á la vez disminuir el número de partidarios de las ideas de Lombroso y Ferri, reclutados, sobre todo, entre los médicos, así como el número de trabajos en su apoyo.

Hé aquí todo lo que puedo deciros en pocas palabras.

Agregaré solamente que en Italia no existe una cátedra de Derecho Penal en nuestras veintiuna Universidades, donde se niegan las ideas de los antropologistas. Igual cosa puedo decir del Austria, donde no conozco sino al profesor de psiquitria en la Universidad de Viena, que sea partidario del tipo criminal, rechazando todas las doctrinas antropojurídicas. En Alemania figura Herr Lizt, profesor de Derecho Penal en Marbourg, y director de una revista científica muy estimable, que

(1) Se puede agregar que es el profesor Lucchini quien ha sido encargado por el Ministro Zanardelli, de retocar según sus instrucciones el nuevo Código Penal, lo que atestigua la alta confianza que le inspira su competencia y la importancia que se debe prestar á sus apreciaciones relativas á la doctrina de Lombroso y Ferri.—C. L.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

parecía seguirlos; pero hoy día los ha repudiado con franqueza, y declarado en sus últimos trabajos adherirse más bien á mis ideas que ciertamente son progresistas, pero que no se separan jamás de los puntos de vista fundamentales relativos al puesto y al fin práctico y civil del Derecho Penal.

Aceptad, señor y querido maestro, la expresión de mis más sinceros sentimientos.

(*Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, tomo XVII, números 6 y 10, de septiembre y octubre de 1888.)

L. LUCCHINI. (*)

(*) La precedente traducción nos ha sido enviada por nuestro amigo y colega, promotor fiscal de Tacna, don José Francisco de la Carrera. —*Nota del D.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO IV Santiago, 1.º de abril de 1889 NUM. 11

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—¿Quién debe inutilizar las estampillas que se empleen para el pago de la contribución mobiliaria? por don Juan de Dios Vergara Salva.—Proyecto de Código de Enjuiciamiento Criminal (conclusión), por ✝ don José Bernardo Lira.—Límites del poder judicial, estudio sobre el artículo 4.º de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, por Manuel E. Ballesteros.—Estudios sobre la ley de garantías individuales: ¿Debe concederse excarcelación bajo de fianza al procesado por estafa? Efectos de la fianza de cárcel segura, por don Agustín Correa Bravo.—Revista bibliográfica, por La Dirección.

¿QUIÉN DEBE INUTILIZAR LAS ESTAMPILLAS que se empleen para el pago de la contribución mobiliaria?

Ocioso parecerá tal vez á muchos tratar este punto á los diez años de hallarse en vigencia la ley de contribución sobre los haberes mobiliarios, de tan frecuente y decisiva aplicación; pero si se advierte que esos diez años no han bastado para acordar en la resolución de la cuestión propuesta los pareceres de los diversos tribunales y juzgados de la República, ni aún la práctica de unos mismos jueces ú oficiales del ministerio público, se comprenderá que siempre es útil, si no oportuno, estudiarla y proponer la solución que más legal y jurídica parezca.

Además, puede ello contribuir al decoro y prestigio de la magistratura, que con la inconsecuencia y contrariedad de sus fallos padece quiebras y menoscabos tanto mayores, cuanto más respetables y legítimos son los intereses sobre que esa varia jurisprudencia incide. Y esto ocurre con especialidad tratándose de la ley de contribución sobre los haberes mobiliarios, pues su múltiple y divergente aplicación ó interpretación crea una irritante desigualdad entre unas mismas individualidades jurídicas, concediendo á unas lo que niega á otras, según sea para el juzgador la persona que deba inutilizar las estampillas que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se empleen para el pago del impuesto. El artículo 6.º de la ley de 20 de mayo de 1879, referente al artículo 8.º de la ley de 1.º de septiembre de 1874 sobre impuesto de papel sellado, timbre y estampillas, priva al acreedor burlado por la malicia ó la infelicidad del deudor, de una de las acciones judiciales que más eficazmente proceden para la aseguración de bienes suficientes al pago de la deuda, negando en absoluto mérito ejecutivo al título ó documento en que la contribución mobiliaria no se haya pagado con arreglo á la ley (1).

Situación es aquélla que procede de considerarse antinómicos los artículos 6.º y 10 de la ley de 20 de mayo de 1879 y de ampararse, de consiguiente, al uno ó al otro los magistrados que han de pronunciarse acerca de la legalidad del pago del impuesto, ó sea, acerca de si están bien ó mal inutilizadas las estampillas que para ello se empleen.

Unos juzgan que la inutilización debe hacerla el deudor, apoyándose en el tenor literal del antedicho artículo 6.º, combinado con el inciso 1.º del artículo 2.º de la ley de 15 de enero de 1878; los cuales dicen así:

Artículo 6.º "La contribución (sobre los haberes) se cobrará por medio de papel sellado, de timbre ó de estampillas de impuesto, en la forma y bajo las penas que establece la ley de papel sellado, salvas las excepciones que contiene esta ley;"

Artículo 2.º "Si se empleasen estampillas para el pago del impuesto (de papel sellado, timbres y estampillas establecido por la ley de 1.º de septiembre de 1874), el deudor las inutilizará escribiendo su nombre ó iniciales, su rúbrica y, abreviada ó íntegramente, la fecha en que se hace la inutilización."

Otros, por el contrario, juzgan que ésta debe ser hecha por el acreedor, pues el artículo 10 de la ley de contribución mobiliaria establece que: "La contribución es de cargo al acreedor, siendo nula toda estipulación en contrario."

De estas dos opiniones, la segunda nos parece más conforme

(1) Lo que en este escrito decimos acerca del mérito ejecutivo del documento en que no se haya pagado legalmente la contribución mobiliaria, se refiere á la práctica de casi todos los juzgados y de los tribunales del distrito jurisdiccional de Santiago, práctica que juzgamos contraria al tenor literal y al espíritu de la ley de 15 de enero de 1878.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

con la economía misma de la ley, con la mente del Legislador, constante en los antecedentes parlamentarios, y con los más sanos principios de hermenéutica jurídica y de la ciencia económica; si bien no creemos que exista verdadera antinomia entre los preceptos legales transcritos.

Si se fija un poco la atención en el punto propuesto, se verá que puede reducirse su enunciado al siguiente: la aplicación y el cumplimiento de la ley de 20 de mayo de 1879 ¿fueron predeterminados por la ley de 15 de enero de 1878? Porque, en realidad, no otra cosa significa pretender que los efectos de la ley de contribucion mobiliaria se regulen por la aplicación integral de las leyes de papel sellado, muy anteriores en tiempo, y considerarlas incorporadas, con preeminencia, en el organismo de la ley nueva y posterior de contribución sobre los haberes.

La ley Matte, ó sea, la ley penal de 15 de enero de 1878, que sustituyó nuevas disposiciones á las de los artículos 1.º, inciso último, 3.º y 8.º de la ley de 1.º de septiembre de 1874 sobre impuesto de papel sellado, timbres y estampillas, determinó también en su artículo 2.º, inciso 1.º, la *manera* de inutilizar éstas, y la *persona* (esto es, *homo cum statu quodam consideratus)* que debía practicar la inutilización. Este precepto no hizo sino reproducir el contenido de sus análogos del decreto de 16 de julio de 1827, que prescribía en el artículo 11 que el que *firmase* el documento debía *pagar* el sello; de la ley de 13 de septiembre de 1866, cuyo artículo 9.º disponía que en caso de usarse estampillas se pusiesen de modo que la firma ó parte principal del documento se escribiera sobre ellas, inutilizándolas; y de la ley de 1.º de septiembre de 1874, que en el inciso último del artículo 1.º determinaba que si se empleasen estampillas, éstas se inutilizaran con el todo ó parte de la firma del suscriptor ó con la rúbrica é iniciales de su nombre y apellido.

Como se ve, hasta la ley de 15 de enero de 1878 era el *suscriptor* del documento quien debía llenar las *formalidades* de la inutilización de las estampillas con que se pagaba el impuesto de papel sellado, formalidades que variaban como queda expuesto; y desde ella para adelante incumbe al *deudor* practicar la inutilización en la *forma* que más arriba transcribimos. Así

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se conserva la unidad de la ley y se facilita su cumplimiento, especificándose claramente las obligaciones que impone y el sujeto de ellas.

Asimismo, la ley de 20 de mayo de 1879. Gravó ella los capitales, los haberes ó valores mobiliarios, nó los actos de transferencia, cesión, enagenación ó circulación de los mismos, y como es el acreedor quien tiene el haber, quien es el propietario de los valores, estableció la ley que la contribución *era de cargo del acreedor*, sin que valiese estipulación alguna en contrario (art. 10), disponiendo además que el cobro de la contribución se hiciera por medio de estampillas de impuesto en la *forma* y bajo las penas *que establece la ley de papel sellado, salvas las excepciones que contiene esta ley*, es decir, la mobiliaria (art. 6.º). Esas excepciones comienzan desde el inciso 2.º del artículo 10.

Ahora bien, ¿cómo se pretende que es el *deudor* quien debe inutilizar las estampillas que se empleen para el pago de la contribución sobre los haberes?—Porque, con arreglo á lo dispuesto en el artículo 6.º de dicha ley, se dice, la inutilización de las estampillas que acrediten el pago del impuesto debe sugetarse á la misma formalidad establecida en la ley de papel sellado.—Pero ¿quién cumple con esa *formalidad?* ¿Quién pone en acto la *forma* de que habla la ley?—Según el *Diccionario* de la Academia, *forma* vale tanto como "fórmula y modo de proceder en una cosa;" y *formalidad* es "cada uno de los requisitos que se han de observar ó llenar para ejecutar una cosa;" definiciones ambas que presuponen un agente que las determine y concrete. De consiguiente, en el texto legal que consideramos en el artículo 6.º de la ley de 20 de mayo de 1879, la palabra *forma*, que no ha sido definida expresamente por el Legislador, debe entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general, como dice el artículo 20 del Código Civil, y referirse *únicamente* á las enunciaciones requeridas en la inutilización de las estampillas del impuesto, conforme al artículo 2.º, inciso 1.º de la ley de 15 de enero de 1878; mas nó á la *persona* que la practica, la cual, como todo actor, puede ser designada por su carácter jurídico en la misma ley y en otras posteriores. Y en el caso de que tratamos, la ley ha elegido al *acreedor* para que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pague el impuesto con sujeción á las *formalidades* que ella prescribe también.

Corrobora esta interpretación,—la única en que guardan su debida correspondencia y armonía las diversas partes de la ley sobre haberes,—á más de su intención ó espíritu, manifiestos en ella misma, la historia fidedigna de su establecimiento. Informando la comisión especial del Senado en 30 de diciembre de 1878, sobre la ley de contribución mobiliaria, decía (pág. 126 del *Boletín de sesiones*), que habría preferido al proyecto que presentaba el que había rechazado la Cámara de Diputados; pero que no siéndole lícito reproducirlo, lo había adoptado con las modificaciones que más se conformaban con aquel voto. El proyecto rechazado por la Cámara de Diputados no era otro que el que le presentó en 9 de julio de 1878 (pág. 253 del *Boletín de sesiones*), su comisión especial de hacienda, y que, salvas la sustitución de las palabras *renta*, *cánones*, *réditos*, *intereses*, por la palabra *capital*, y la más clara y metódica redacción, se contiene casi en su totalidad en la ley vigente. Para no reproducir sino lo referente á uno de los valores que más frecuentemente pagan la contribución mobiliaria, los capitales dados en mutuo, transcribiré el artículo que determinaba la *forma* del pago del impuesto y la *persona* del contribuyente:

Artículo 3.º de la sección I: "El impuesto será adeudado por el *mutuante*, y se *pagará por medio de* timbres ó *estampillas* inutilizadas al tiempo de extenderse la escritura, respecto de las que se otorguen durante la vigencia de la ley; y respecto de las ya otorgadas, en los recibos que se dieren por intereses exigibles en el mismo espacio de tiempo, sea que se anoten dichos recibos en las escrituras ó en documentos separados."

Esos textos manifiestan muy á las claras la intención del Legislador é ilustran el sentido de los artículos 6.º y 10 de la ley de 20 de mayo de 1879, cuyo contexto se completa mútuamente y no se excluye en manera alguna. El simple cotejo de ellos con los artículos 6.º á 10 de esta ley, hace ver que los redactores de la nueva, para mayor precisión y orden interno de la misma, distribuyeron en cinco preceptos diferentes, de carácter general, los comprensivos y casuistas de los proyectos originarios, enumerando primero las formalidades, el *modus operandi* que había

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de observarse en el cobro, como también en el pago, y designando en seguida la persona del contribuyente que había de cumplirlas y de sujetarse á él. Para la *forma* del cobro se remitieron (art. 6.º) á las leyes de papel sellado, ó sea, á los artículos 1.º, 4.º, 5.º, 9.º y 13 de la ley de 1.º de septiembre de 1874, y artículo 2.º, inciso 1.º de la ley de 15 de enero de 1878; para la *forma* del pago dictaron especialmente las reglas de los artículos 7.º, 8.º y 9.º; y para designar el *operante*, el *actor*, el contribuyente, sustituyeron la voz genérica *acreedor* (art. 10), á las específicas que empleaban las diversas secciones del proyecto primitivo sobre impuesto á los valores mobiliarios.

Esta exposición de la historia fidedigna del establecimiento de la ley de contribución sobre los haberes, muestra, además, que el Legislador creó sobre la materia un sistema íntegro y completo, más ó menos diferente de el de la ley de papel sellado; y cuando tal ha hecho, no puede pretenderse que el Legislador haya querido la fusión de esas dos leyes en parte contradictorias, ni es lícito alterar la economía y la unidad orgánica de la nueva ley, mezclando á ella y sobreponiéndole las disposiciones heterogéneas de las leyes antiguas á que parcialmente se refiere.

De tan extraño modo proceden, sin embargo, quienes hacen prevalecer, tomándola en su integridad, la disposición orgánica y reglamentaria á la vez, del inciso 1.º del artículo 2.º de la ley de 15 de enero de 1878, sobre los preceptos armónicos y totales de la ley de 20 de mayo de 1879, y deducen de allí que la obligación de inutilizar las estampillas con que se pague esta contribución posterior pesa sobre el *deudor* del documento. Sin atender á aquella regla elemental de hermenéutica jurídica, de que el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto deberá preferirse á aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno, sacrifican ligeramente el artículo 10 de la ley de contribución mobiliaria, según el cual ésta *es de cargo al acreedor*, siendo nula toda estipulación en contrario; y lo sacrifican y hacen ilusorio su mandato, aun cuando se diga que la ley ha querido que sea el *acreedor* quien *compre* las estampillas, y que el *deudor* sea quien las *inutilice*.

Desde luego, salta á la vista que esta interpretación ó pre-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tensa conciliación de los artículos 10 y 6.º de la ley de 20 de mayo de 1879, se halla en contradicción flagrante con su tenor literal y con la clara y manifiesta intención del Legislador, constante en los antecedentes parlamentarios más arriba recordados. El espíritu general de nuestra legislación tributaria, como puede advertirse en el contexto mismo de las diversas partes de esa ley sobre los haberes, tiende á simplificar las formalidades del cobro, á facilitar al contribuyente el modo de pagar la contribución. Los impuestos, como observa Leroy-Beaulieu, para ser practicables y fácilmente soportados, deben ser sencillos, porque el público no admite, no comprende, ó cesa bien pronto de comprender y de admitir complicaciones y refinamientos. ¿Qué mayores dificultades y entorpecimientos pueden imaginarse que sujetar el pago de la contribución mobiliaria al procedimiento tan conocido del huevo puesto á asar, que uno lo puso y otro lo sazonó, uno lo revolvió y otro se lo comió? ¿No es lo mismo decir que la ley ha querido estatuir que el *acreedor* compre la estampilla, la adhiera al documento, la envíe al *deudor*, y el *deudor* la inutilice?

Esta interpretación, además, produce en la práctica la infracción constante de la ley, y agrava notablemente la condición del deudor. Si es al *deudor* á quien incumbe inutilizar las estampillas, no habrá acreedor que deje de hacerle pagar en valor, por el primer semestre á lo menos, compeliéndole á ello con la amenaza de negarle el dinero que necesita. No es esto, en verdad, lo que quiere la ley, porque la contribución mobiliaria ha sido impuesta sobre el capital. «Esta contribución,—decía en 30 de diciembre de 1878 la comisión especial de Hacienda del Senado (pág. 126 del *Boletín de Sesiones*),—pesa sobre el acreedor sin que valga estipulación en contrario. Ha sido necesario poner esta limitación, porque si así no fuera, el acreedor ejercería presión sobre el deudor, haciendo ilusorio el mandato de la ley.» Si, pues, se reconoce, por una parte, que el *acreedor* debe comprar las estampillas y, por otra, se supone que el *deudor* debe inutilizarlas, no hay medio posible para que se pague legalmente la contribución: ó el acreedor se vale, para obligar al deudor, de aquel medio compulsivo, cometiendo una ilegalidad, lo que no es moral; ó el deudor, para no malquistarse

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

con el acreedor, se presta voluntariamente á la inutilización que se le pide, al firmar la obligación. Y si no quiere hacer esto, ¿cómo urgirlo? Las leyes no le obligan á ejecutar ese acto, y es seguro que los deudores no se hallan dispuestos á favorecer á sus acreedores dándoles armas rápidas en contra suya. No pesando la obligación de pagar el impuesto sobre quien debe llenar las formalidades del pago, y exigiéndose para la legalidad del acto el concurso de dos personas, con intereses antagónicos, el deudor sólo cooperará á su cumplimiento, ó por favor, ó por presión ilegal.

Y no puede fundarse tan ilógica y errónea interpretación en que se burlaría la ley si el *deudor* no inutilizase las estampillas al firmar el documento, como se lee en algunas sentencias judiciales. Porque no principia para el acreedor el pago de la contribución mobiliaria desde el momento mismo de firmársele la obligación, sino que la ley le concede quince días para hacerlo; de modo que en aquella teoría, si no lo hiciera al extenderse el documento, no debería el acreedor pagar después la contribución, pues sobre el deudor pesa el deber de inutilizar las estampillas y de validar por tanto el pago. Aún en el supuesto de que el deudor contribuya graciosamente al pago del impuesto por el primer semestre ¿cómo verificar legalmente el de los sucesivos? Una vez libre el deudor de la presión moral que el acreedor ejerce sobre él al tiempo de tomar el dinero, ya no se le volvería á dar alcance, y entonces jamás se le podrá cobrar ejecutivamente. Igual cosa acontece en el caso frecuentísimo de que el acreedor y el deudor se hallen en lugares diferentes. Por favor ó por presión puede realizarse el pago de la primera contribución en la forma y por las personas que se pretende; pero ¿cómo se practicará en los recibos de intereses que se envían al acreedor en una libranza ó en giro postal para que los abone en la obligación? La ley no distingue entre semestre y semestre; y para ser lógicos, los defensores del sistema que impugnamos deben declarar que es el *deudor* quien debe seguir *inutilizando* las estampillas que *compra el acreedor*. ¡Y entretanto éste es quien tiene en sus manos el documento y quien recibe los intereses, y es el único que está en aptitud de satis-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

facer la contribución en el tiempo oportuno, inutilizando las estampillas conforme á la ley (art. 8.º) en el mismo documento en que se anota el pago de intereses! Si en este caso y cuando hay recibos de intereses se reconoce ó acepta que el acreedor puede legalmente llenar por sí las formalidades del artículo 6.º ¿por qué no ha de ser esto desde un principio?

Lo repetimos: la ley no impone pena alguna al *deudor* por no haberse pagado legalmente la contribución mobiliaria; y hemos visto que el *acreedor* no puede cumplir con la ley, aceptándose que el deudor debe inutilizar las estampillas del impuesto, sino solicitando de su adversario natural ese favor, ó infringiendo la ley con el empleo de medios compulsivos para ello. Y como esto será lo más usual, el impuesto, lejos de gravitar sobre las ganancias, gravita sobre el que pierde. En una forma ó en otra, con el aumento de rédito ó con la entrega de menor capital, el acreedor no se desprenderá de su dinero sino con la condición de que ha de satisfacer el impuesto el deudor que se ve obligado á tomar el dinero. Así viene éste á pagar, contra el texto expreso de la ley y contra la explícita voluntad del Legislador, las dos contribuciones: de papel sellado y mobiliaria.

Ninguno de estos inconvenientes resultan de entenderse y aplicarse la ley de 20 de mayo de 1879 del modo que exigen su contexto literal y su intención ó espíritu claramente manifiestos en ella misma y en la historia fidedigna de su establecimiento. La recta interpretación de los artículos 6.º y 10, que se completan y se explican mútuamente, hará cesar el absurdo de que muchos tribunales amparen con la autoridad de sus fallos á los acreedores que infringen la ley, y penen á los que á ella se conforman pagando la contribución mobiliaria con arreglo á la ley de 1879 y llenando las formalidades de las leyes de 1874 y 1878.

Si la ley hubiera querido que el *deudor* llenase los requisitos del pago con estampillas, habría tal vez dispuesto también que él dedujese de los intereses que debe al acreedor la parte de contribución mobiliaria; pero desde que ésta es siempre de cargo al poseedor, y se le pena severamente la omisión en el pago,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

hay que admitir forzosamente, según lo hasta aquí expuesto, que el *acreedor* es también quien debe proceder á dicho pago en la forma requerida por el artículo 6.º, y que *él debe*, por lo tanto, *inutilizar las estampillas* que con ese fin emplee.

JUAN DE DIOS VERGARA SALVÁ

PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

(Conclusión)

ART. 342. Antes de proceder á la confesión se leerán al reo las diligencias del proceso en la parte necesaria para que pueda tomar las noticias que le interesen respecto de las pruebas de su culpabilidad.

ART. 343. Se le leerán asimismo las declaraciones que antes haya dado á fin de que manifieste si se ratifica en ellas ó si tiene algo que añadir ó quitar.

ART. 344. No se ocultará al reo ninguna diligencia, actuación ni documento del proceso.

ART. 345. Si entre los testigos hubiere alguno ó algunos que el reo no conozca por sus nombres, el tribunal le dará todas aquellas noticias que le consten, á fin de que pueda venir en conocimiento de quiénes son.

ART. 346. Si por lo voluminoso del proceso pidiere el reo que se le entregue para examinarlo por sí mismo, el tribunal le permitirá su inspección en la oficina del secretario y suspenderá entretanto la confesión.

ART. 347. Siempre que se suspenda la confesión después de haber tomado el reo conocimiento del sumario ó de parte de él, el tribunal mantendrá incomunicado al reo hasta que ella termine.

El tribunal conciliará esta disposición con la del artículo 206 de la manera que menos incomodidad cause al reo.

ART. 348. Se omitirán en la confesión las preguntas relativas á la detención ó prisión del reo; pero se remitirán las demás expresadas en el artículo 195.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 349. Aunque el reo se obstine en no responder, se le harán todos los cargos y reconvenciones que resulten contra él; y se expresarán uno á uno en la diligencia con la negativa del reo ó las respuestas que á alguno ó á algunos diere.

ART. 350. Si el reo expusiere ser menor de edad, ó si así apareciere de su aspecto físico, esté ó nó bajo tutela ó curaduría ó bajo potestad de padre ó marido, el tribunal le nombrará de oficio un curador *ad litem*.

Para que este curador proceda á desempeñar su cargo, bastarán el nombramiento del tribunal y la aceptación y juramento de buen desempeño que el nombrado debe prestar.

De dichos nombramientos, aceptación y juramento sólo se dejará constancia en la diligencia de la confesión.

ART. 351. El curador presenciará la promesa de decir verdad que debe hacer el reo, y se retirará mientras dure la confesión.

Concluída y redactada ésta, será nuevamente llamado para oír la lectura que debe hacerse al reo y para firmar con el juez, el reo y el secretario.

ART. 352. No habrá lugar al nombramiento de curador para el reo mayor de 21 años, si constare que está habilitado de edad.

ART. 353. El tribunal evacuará las citas pertinentes que el reo hiciere en su confesión, inmediatamente después que sea prestada.

TÍTULO VII

De la conclusión del sumario

ART. 354. Evacuadas las citas de la confesión, el tribunal declarará concluído el sumario y mandará pasarlo al ministerio público con los libros, papeles y correspondencia que hubiere recogido. La correspondencia será abierta por el tribunal con citación y en presencia del procesado si compareciere, antes de agregarla al sumario.

Respecto de las demás piezas de convicción, el tribunal determinará lo que estime conveniente, en atención al estado y calidad de ellas.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 355. Si pareciere al ministerio público que puede adelantarse la investigación, lo expondrá al tribunal indicando las diligencias que, en su concepto, deban practicarse al efecto.

Si el tribunal aceptare las diligencias del ministerio público, repondrá el proceso al estado de sumario, y practicará las nuevas diligencias que estime convenientes.

En el caso contrario, devolverá el proceso al ministerio público.

ART. 356. El sumario se mantendrá secreto para el reo hasta que el ministerio público presente acusación ó pida el sobreseimiento.

ART. 357. Lo dispuesto en los artículos precedentes no tiene lugar en los sumarios formados para la averiguación de alguno de los delitos enumerados en los artículos 7 y 8.

En los casos de estos artículos, evacuadas las citas de la confesión, el tribunal declarará concluído el sumario y lo pasará al querellante, ó mandará sobreseer, según lo estime de justicia.

Mientras no quede firme el auto que declara concluído el sumario, se mantendrá éste secreto para el reo, sea que se haya pasado al querellante, sea que se haya mandado sobreseer.

TÍTULO VIII

Del sobreseimiento

ART. 358. *Sobreseimiento* es la cesación ó suspensión de las actuaciones judiciales.

El sobreseimiento puede ser, de consiguiente, *definitivo* ó *temporal.*

ART. 359. Tiene lugar el *sobreseimiento definitivo:*

1.º Cuando no existen indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que ha dado motivo á la formación de la causa;

2.º Cuando este hecho no es constitutivo del delito;

3.º Cuando aparece el procesado exento de responsabilidad criminal, sea por razón de alguna circunstancia que le exima de ella, sea por razón de alguna causa que la extinga, sea por razón de algún hecho que deba poner término al procedimiento;

4.º Cuando cae él mismo en demencia ó locura incurables.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 360. Tiene lugar el *sobreseimiento temporal:*

1.º Cuando no resulta debidamente comprobado el cuerpo del delito;

2.º Cuando, constando el cuerpo del delito, no hay motivo suficiente para proceder contra determinadas personas;

3.º Cuando cae el procesado en demencia ó locura curables.

ART. 361. El sobreseimiento, sea definitivo ó temporal, puede decretarse en cualquier estado del juicio.

Con todo, en el caso del número 3.º del artículo 359, se pronunciará sentencia absolutoria, si la exención de responsabilidad criminal procediere de alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 10 del Código Penal, y la prueba de esta circunstancia se produjere durante el juicio plenario.

Obsérvese que la exención de responsabilidad criminal puede también tener lugar en el caso prescrito, esto es, en virtud de una ley posterior al hecho que lo exime de toda pena (inc. 2.º del art. 18 del Código Penal.)

En este caso no será procedente la absolución sin el sobreseimiento.

ART. 362. Para decretar el sobreseimiento en alguno de los dos primeros casos del artículo 359 ó en el primero del artículo 360, es menester haber agotado todos los medios de investición de que el tribunal pueda disponer.

Para dictarlo en el último de los casos del artículo 359 ó en el último del artículo 360, es menester oír el dictamen de facultativos, quienes lo omitirán previo examen profesional del procesado.

ART. 363. Si la causa se siguiere contra varios y sólo hubiere mérito para sobreseer respecto de alguno ó algunos de ellos, se sobreseerá respecto de éstos y se proseguirá el juicio en cuanto á los demás.

De la misma manera, si se procediere contra uno ó varios por diversos delitos, y sólo hubiere mérito para sobreseer respecto de alguno ó algunos de estos delitos, se sobreseerá respecto de ellos y se proseguirá el juicio con relación á los demás.

ART. 364. El sobreseimiento definitivo pone término al juicio.

El temporal sólo lo suspende y se decretará siempre con la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cláusula de haberse de continuar cuando se presenten mejores datos de investigación ó cuando el procesado recobre el juicio.

ART. 365. Sea que el sobreseimiento se decrete con la calidad de definitivo ó de temporal, el loco ó demente quedará en libertad, si la locura ó demencia sobreviniere antes de la sentencia definitiva de primera instancia ó después de pronunciada ésta cuando fuere absolutoria.

Si la locura ó demencia sobreviniere después de sentencia condenatoria de primera instancia, el loco ó demente será puesto en un asilo destinado á la curación de enfermos de su clase ó entregado á su familia bajo fianza de custodia y de presentarlo al tribunal cuando recobre el juicio, según lo estimare conveniente el tribunal.

ART. 366. El auto de sobreseimiento debe consultarse cuando recae en juicio en el cual prescriba la ley la consulta para el caso de sentencia absolutoria.

ART. 367. Terminado el proceso por auto firme de sobreseimiento definitivo, se pondrá en libertad á los procesados que no estuvieren presos por otras causas y se les entregarán los libros, papeles y correspondencia que se hubieren recogido, y las piezas de convicción que tengan dueño conocido.

Si existieren piezas de convicción de algún valor que no tengan dueño conocido, el tribunal hará publicar avisos de su existencia. Estos avisos se insertarán por tres días en un periódico del departamento, ó, en su defecto, se anunciarán por carteles que se fijarán durante ocho días en tres de los parajes más frecuentados del departamento.

Si, pasado un mes desde la expiración de los términos indicados, nadie se presentare á reclamar dichas piezas, ó, si presentándose, no justificare su dominio, se entregarán á la Municipalidad del departamento, la cual podrá disponer de ellos.

ART. 368. Terminado el proceso por auto firme de sobreseimiento temporal, el tribunal mandará poner en libertad á los procesados que no estuvieren presos por otra causa y archivar con él los libros, papeles y correspondencia que hubiere recogido y las piezas de convicción, ó las entregará, como en el caso del artículo anterior, según le pareciere conveniente.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

TÍTULO IX

De la formación del sumario por los alcaldes y por los jueces de subdelegación y de distrito

§ 1

De la formación del sumario por los alcaldes

ART. 369. El alcalde que en los departamentos donde no hay juez de letras ejerce las funciones de tal, formará el sumario sobre los crímenes ó simples delitos que se cometan dentro del departamento, con arreglo á las disposiciones de los títulos precedentes.

En consecuencia, calificará y admitirá la fianza de los querellantes y expedirá en su caso el auto cabeza de proceso, ordenará y practicará todas las diligencias de investigación prescritas en el título III; y decretará y hará ejecutar el arresto, la detención ó la prisión preventiva de los procesados.

ART. 370. La jurisdicción del alcalde para la formación del sumario tiene las limitaciones que en los artículos siguientes se expresan:

ART. 371. No puede el alcalde:

1.º Otorgar ni negar al procesado el derecho que le confiere el artículo 35;

2.º Recibir á prueba ni declarar la recusación de los peritos;

3.º Conceder ni negar la libertad provisional ó definitiva al procesado;

4.º Proveer auto de sobreseimiento temporal ni definitivo, ni denegar la solicitud del mismo.

ART. 372. Cuando el procesado ó el ministerio público propusiere algunas de las cuestiones á que se refiere el artículo precedente, el alcalde remitirá el proceso al juez de letras respectivo, inmediatamente, si no estuviere practicando alguna diligencia para la averiguación ó comprobación de algún hecho importante en el juicio, ó tan pronto como se haya evacuado esta diligencia en el caso contrario.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Igual remisión hará cuando creyere que debe decretarse de oficio la libertad provisional ó definitiva del procesado ó el sobreseimiento en los trámites del juicio.

ART. 373. El juez de letras resolverá la cuestión propuesta ó mandará recibirla á prueba, señalando en este segundo caso los hechos sobre los cuales ha de recaer.

Para lo uno ó lo otro procederá de plano ú oyendo previamente al procesado ó al ministerio público, según lo estimare necesario ó conveniente.

ART. 374. Tampoco puede el alcalde tomar confesión al reo sino en el caso del número 2.º del artículo 376.

ART. 375. Puesto el sumario en estado de proceder á la confesión del reo, el alcalde lo remitirá al juez de letras respectivo.

ART. 376. El juez de letras examinará el proceso, y proveerá según lo estime conveniente, conforme á algunos de los números siguientes:

1.º Que el alcalde le remita el reo para tomarle confesión;

2.º Que proceda el alcalde á esta diligencia.

En este caso el juez de letras designará, en conformidad al mérito del sumario, los cargos que el alcalde debe hacer al reo;

3.º Que practique el alcalde nuevas diligencias de investigación, las cuales determinará también el juez.

ART. 377. En los casos de los dos últimos números del artículo precedente, evacuadas las diligencias ordenadas por el juez, el alcalde le devolverá el proceso para que declare concluído el sumario ó decrete la remisión del reo.

§ 2

De la formación del sumario por los jueces de subdelegación ó de distrito

ART. 378. Los jueces de subdelegación ó de distrito á quienes la ley encarga la formación de ciertos sumarios, observarán al efecto las reglas que en los artículos siguientes se expresan:

ART. 379. Inmediatamente que tengan conocimiento de la perpetración de un crimen ó simple delito, proveerán el auto cabeza de proceso que prescribe el artículo 62; y asociados de respectivo receptor de menor cuantía ó, en su defecto, de dos tes-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tigos, se trasladarán al lugar del suceso y extenderán la descripción que expresa el artículo 70, y recogerán los objetos que determina el artículo 72.

ART. 380. Inmediatamente tomarán, en la forma que expresan los artículos 143 y 144, declaración á los testigos sabedores del hecho, los cuales deberán ser, á lo menos, dos mayores de catorce años.

ART. 381. Si los testigos examinados citaren á otros sobre puntos importantes, harán comparecer también á éstos y les tomarán declaración en la forma prevenida en los artículos 147 y siguientes.

ART. 382. Si el delincuente hubiere sido aprehendido *infraganti* ó detenido de orden del juez, le tomarán dentro de las veinticuatro horas declaración en la forma prevenida en los artículos 261 y 264 tan pronto como, comprobado el cuerpo del delito, haya en el proceso la declaración de un testigo, no sospechoso, que dando razón de su dicho, le señale como autor, cómplice ó encubridor.

ART. 383. Si el delincuente no hubiere sido aprehendido *infraganti*, decretarán contra él orden y mandamiento de detención en la forma prevenida en los artículos 261 y 264 tan pronto como, comprobado el cuerpo del delito, haya en el proceso la declaración de un testigo, no sospechoso, que, dando razón de su dicho, le señale como autor, cómplice ó encubridor.

ART. 384. El cumplimiento de la orden de detención lo encargarán al subdelegado respectivo ó inspector, á quien entregarán, al efecto, el mandamiento expedido.

ART. 385. Recibida la declaración del procesado, llamarán á los testigos que hubieren declarado para que, en presencia de él, se ratifique en sus declaraciones ó hagan en ellas las agregacione ó enmiendas que estimen convenientes.

Para esta diligencia les leerán, en presencia del receptor de menor cuantía ó de dos testigos que hagan sus veces, las declaraciones prestadas.

El procesado presenciará sólo el acto en que el testigo declare que se ratifica en su declaración ó que tiene que hacerle agregaciones ó enmiendas.

ART. 386. Si resultare contradicción entre la declaración del

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

procesado y la de alguno de los testigos, podrán carearlos en la forma prevenida en los artículos 229 y siguientes.

ART. 387. Si fuere necesario, practicarán el reconocimiento del procesado prescrito en los artículos 213 y siguientes.

ART. 388. Ratificados los testigos y practicadas en su caso las diligencias prescritas en los dos artículos precedentes, remitirán al procesado con el proceso al juez de letras respectivo ó al alcalde que haga sus veces.

ART. 389. El alcalde retendrá al procesado en calidad de detenido y remitirá el proceso al juez de letras respectivo para los fines del artículo 376.

ART. 390. Ni los jueces de subdelegación ni los de distrito tomarán á los procesados la confesión con cargos de que trata el Título VI.

ART. 391. Tampoco pueden los jueces de subdelegación ni los de distrito conceder libertad provisional ni definitiva á los procesados.

Si los aprehendidos *infraganti* pidieren que se les remita inmediatamente al tribunal que designa el artículo 388, serán remitidos tan pronto como hayan sido examinados y ratificados conforme á lo prevenido en el artículo 385 dos ó tres testigos hábiles y sabedores del hecho.

ART. 392. Lo establecido en este título no se aplica á los juicios criminales por faltas de que conocen los jueces de subdelegación.

SEGUNDA PARTE (1)

DEL JUICIO PLENARIO

TÍTULO PRIMERO

De la acusación

ART. 393. Si no hubiere habido lugar al sobreseimiento, el ministerio público presentará su acusación dentro de seis días contados desde aquel en que hubiere recibido el sumario.

(1) Esta parte, tomada á la letra de los borradores del señor Lira, que se han encontrado últimamente entre sus papeles, la damos á continuación de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 394. La acusación contendrá:

1.º La exposición de los hechos ipunibles que resulten del sumario:

2.º La de los hechos que constituyan circunstancias atenuantes ó agravantes del delito, ó eximentes de responsabilidad criminal, y que asimismo resulten del sumario;

3.º La participación que en los hechos punibles hubieren tenido el procesado ó procesados si fueren varios;

4.º La calificación de los hechos y la expresión del delito que constituyen;

5.º La pena en que hayan incurrido el procesado ó cada uno de ellos, si fueren varios, por razón de su respectiva participación en el crimen ó simple delito y habida consideración á las circunstancias atenuantes ó agravantes que les conciernan.

ART. 395. Si hubiere querellante particular, el tribunal le comunicará el proceso con los papeles, libros y correspondencia expresados en el artículo 354 para que, en el término de seis días, exponga si se adhiere á la acusación fiscal ó presente, en caso contrario, la suya.

Respecto de las piezas de convicción, se estará á lo que el tribunal hubiere determinado ó determinare.

ART. 396. La acusación del querellante particular contendrá también las enunciaciones expresadas en el artículo 394, salvo en lo concerniente á las circunstancias atenuantes del delito, las cuales podrán omitirse.

Podrá también el acusador particular omitir cualquiera otra de las siguientes enumeradas en el artículo ... refiriéndose en cuanto á ellas á lo expuesto por el ministerio público.

ART. 397. Al entregar su acusación ó su escrito de adhesión á la acusación fiscal, el acusador particular prestará, ante el secretario del Tribunal, el juramento de calumnia.

Por medio de este juramento asegura que tiene motivos bastantes para creer que el acusado cometió el delito que le imputa y promete obrar de buena fe en el juicio.

la que él pasó en consulta á un magistrado justamente reputado en el país, con los temores naturales de que ella no contenga la última expresión de los estudios de su autor.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 398. El juramento de calumnia puede prestarlo, á nombre del acusador, su procurador con poder especial para este acto.

ART. 399. Si hubiere persona inmediatamente ofendida por el crimen ó simple delito que se persigue, y el sumario no se hubiere iniciado por querella suya, al presentar la acusación, pedirá al ministerio público que se la requiera para que exprese si quiere ó nó hacerse parte en el juicio.

Si expusiere que quiere hacerse parte en el juicio, regirá con ella lo dispuesto en los cuatro artículos precedentes.

ART. 400. Si, habiéndose negado lugar al sobreseimiento, expusiere, sin embargo, el ministerio público que no encuentra mérito para acusar, el tribunal mandará pasar al querellante particular el proceso, ó hará requerir á la parte inmediatamente ofendida, para que presenten acusación; y si ellos tampoco quisieren presentarla, el tribunal mandará tener por tal el mérito de la confesión del reó ó los cargos que en ella le hubieren hecho.

ART. 401. En el caso de los delitos á que se refieren los artículos 7.º y 8.º, el interesado presentará su acusación en el término de seis días y en la forma y con el juramento prevenidos en los artículos 396, 397 y 398 para la acusación del querellante particular.

ART. 402. De la acusación se dará traslado al reo por el término de seis días.

TÍTULO II

De los artículos de previo y especial pronunciamiento

ART. 403. Serán tan sólo objeto de los artículos de previo y especial pronunciamiento, las siguientes excepciones ó cuestiones:

1.ª La declinatoria de jurisdicción;

2.ª La de cosa juzgada;

3.ª La falta de autorización para procesar en los casos en que sea necesaria con arreglo á la Constitución.

ART. 404. Las cuestiones expresadas en el artículo prece-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dente las propondrá el acusado en el término de tres días contados desde la notificación del traslado de la acusación.

ART. 405. El acusado que propusiere artículo de previo y especial pronunciamiento, acompañará al escrito los documentos justificativos de los hechos en que lo funda; y si no los tuviere á su disposición, designará clara y determinadamente el archivo ú oficina donde se encuentran y pedirá al Tribunal que mande agregar copia de ellos.

El tribunal decretará la agregación de estas copias.

ART. 406. Del escrito en que el acusado introduce el artículo, se dará traslado por tres días al ministerio público; y, por otros tres, al acusador particular, si lo hubiere.

El primero de estos términos comenzará á correr, en el primero de los casos del artículo 405, desde la última notificación; y en el segundo, desde que se haga saber al respectivo oficial del ministerio público la agregación de los documentos pedidos, ó desde la última notificación, si ésta tuviere lugar después que se hubiere puesto en noticia del ministerio público dicha agregación.

El segundo de los términos expresados en el inciso 1.º comenzará á correr desde la notificación, hecha al acusador particular, de la contestación del ministerio público.

ART. 407. Si el ministerio público ó el acusador particular intentaren desvirtuar con otros documentos el mérito de los presentados por el acusado, los acompañarán, ó expresarán clara y determinadamente el archivo ú oficina donde se encuentran y pedirán que el tribunal mande agregar copia de ellos.

El tribunal mandará también que se den estas copias; y una vez agregadas al proceso, se manifestarán al acusado para que en el término de veinticuatro horas, exponga, si quiere, lo que tenga á bien acerca de ellas.

ART. 408. En los artículos de previo y especial pronunciamiento, no se admitirá prueba de testigos.

ART. 409. El tribunal resolverá con el mérito de las alegaciones de las partes y de los documentos que presentaren, una vez transcurrido el término señalado al final del artículo 407.

ART. 410. Si se alegare declinatoria de jurisdicción juntamente con otra excepción, el tribunal la resolverá antes que ésta.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Si la estimare procedente, mandará remitir el proceso al tribunal que considere competente, y se abstendrá de resolver sobre las demás.

ART. 411. Cuando el tribunal declare haber lugar á la excepción de cosa juzgada, mandará sobreseer definitivamente y poner en libertad al procesado ó procesados que no estuvieren presos por otra causa.

ART. 412. Si el tribunal declara haber lugar al artículo de falta de autorización para procesar, mandará inmediatamente subsanar este defecto.

La causa quedará entretanto en suspenso; y se continuará según su estado, una vez concedida la autorización.

Si ésta, á pesar de la solicitud, fuere denegada, todo lo actuado quedará nulo, y se sobreseerá definitivamente en la causa.

Véase el artículo 677 de la Ley Española.

ART. 413. De la sentencia en que el Tribunal declare no haber lugar á la cosa juzgada ó á la falta de autorización para procesar, no se concederá apelación; pero el acusado podrá reproducir en la contestación, como medios de defensa, estas mismas cuestiones.

TÍTULO III

De la contestación

ART. 414. En la contestación expondrá con precisión y claridad los hechos, circunstancias ó consideraciones que acrediten su inocencia ó atenúen su responsabilidad.

ART. 415. Puede el acusado renunciar á la práctica de las diligencias del juicio plenario y consentir en que el tribunal pronuncie sentencia sin más trámite que la acusación y su contestación.

ART. 416. En los juicios por delitos que no puedan perseguirse sino á instancia de parte, el tribunal aceptará la renuncia expresada en el artículo precedente si el acusador conviniere en ella.

La aceptará también en los demás juicios, si constare el cuerpo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

del delito por alguno de los medios expresados en el artículo... y no creyere necesaria la práctica de nuevas diligencias probatorias para establecer debidamente la responsabilidad del acusado.

ART. 417. Si, siendo varios los acusados, no fuere una misma la causa de todos ellos, podrán contestar separada y sucesivamente á la acusación cada uno; á menos que, no habiendo incompatibilidad en sus defensas, quisieran proceder conjuntamente ó el tribunal lo ordene así.

En los dos casos de excepción, los acusados serán representados por un procurador común.

TÍTULO IV

De la prueba, en general

ART. 418. Salvo los casos del artículo 416, contestada la acusación, el tribunal recibirá la causa á prueba.

ART. 419. Toda diligencia probatoria ha de practicarse, previo decreto del tribunal y citación de la parte contra quien se pide.

ART. 420. El auto en que se ordena la práctica de alguna diligencia probatoria es inapelable.

Seguimos el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil.

TÍTULO V

Del término probatorio

ART. 421. En el mismo decreto por el cual recibe la causa á prueba, señalará el tribunal el término en que las partes deban rendirla.

ART. 422. Todo término probatorio es común para las partes.

ART. 423. El término probatorio se llama *ordinario*, cuando la prueba ha de rendirse dentro del departamento en que se sigue el juicio; y *extraordinario*, cuando ha de rendirse en todo ó en parte fuera de él.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 424. El término ordinario de prueba no podrá exceder de treinta días.

Lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 426.

ART. 425. Si en el decreto á que se refiere el artículo 421 hubiere el tribunal señalado un término menor de treinta días, podrá prorrogarlo, de oficio ó á petición de parte, si hubiere que practicar diligencias probatorias de importancia en la causa.

ART. 426. Podrá tambien el tribunal conceder al acusado un nuevo término para acreditar hechos de importancia. . . . .

. . . . . .

NOTA. — Aquí, al parecer, el señor Lira dejó cortado su trabajo, pues no hemos encontrado más manuscritos concernientes á la presente obra.

Para concluír, insertamos en seguida la prometida INTRODUCCIÓN, que el señor Lira alcanzó á redactar.

Introducción

En la formación del presente Proyecto de Código hemos procurado, más que seguir los pasos de adelantadas legislaciones extranjeras, reunir y ordenar en reglas precisas con las modificaciones que nos han parecido necesarias, lo que nuestras leyes y la práctica de nuestros tribunales tienen establecido en materia de enjuiciamiento criminal.

No de otra manera entendía el recto desempeño de este honroso encargo nuestro ilustrado predecesor.

"Encargado por el Supremo Gobierno de la redacción de un Código de Procedimientos Criminales, decía el señor Reyes al señor Ministro de Justicia en nota de 21 de julio de 1875, dirigí primero mi atención al estudio detenido de las leyes que actualmente rigen sobre la materia. Estoy convencido que, tratándose de Códigos, no conviene introducir bruscas innovaciones que choquen con los hábitos del país para que se dictan. El partido más prudente es modificar lo existente en todo aquello que las circunstancias de los tiempos hayan hecho inaceptable.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Por eso es que hice un estracto prolijo de nuestra legislación vigente, felicitándome de hallar en ella mucho en que no conviene introducir ninguna innovación.»

En efecto, si es menester, en obras de esta naturaleza, proceder con un plan, con un pensamiento dominante que lo informe y domine todo, si hay necesidad de tomar como guías ciertas verdades elevadas ya por la ciencia á la categoría de principios, también es cierto que en la ejecución de aquel plan, en la aplicación de estos principios á las múltiples y variadas materias que componen los Códigos, tienen á menudo más parte que las teorías y que las doctrinas científicas, las necesidades, las costumbres, las circunstancias peculiares del país.

Extensiva á todas las ramas de la codificación, esta observación especialmente es aplicable á los Códigos de Enjuiciamiento y más aún al de Enjuiciamiento Criminal, que, en la aplicación de sus preceptos, reclama como agentes principales á individuos sacados del pueblo, no siempre escogidos entre los mejores.

Tan desorientado andaría, en nuestro concepto, el Legislador que, seducido por el ejemplo de otros pueblos, pretendiera implantar en el suyo, sin consideración á las costumbres y al grado de ilustración del país, las leyes de otro, como el empírico que pidiera sus inspiraciones á sólo los principios generales, á los preceptos abstractos de la ciencia.

Se alaba la excelencia de la administración de justicia en Inglaterra; pero grave error sería tomarla como modelo en pueblos de otra educación, de otros hábitos. ¿Quién ignora que ese alto grado de esplendor se debe, en gran parte, á las virtudes sociales, obra de siglos, de aquel gran pueblo, bajo este respecto hasta ahora inimitado?

Véase cómo explica Mittermaier las causas de la bondad de esa alabada administración de justicia.

«Sólo el pueblo inglés, dice, puede enorgullecerse de poseer un sistema de enjuiciamiento criminal conforme á todas las exigencias de la justicia y asentado sobre las bases y garantías del orden civil y de la autoridad de las leyes, no menos que en los derechos de la libertad individual. En este pueblo, en efecto, el Gobierno tiene empeño en respetar, como un deber sagrado, los derechos de la nación: sin ninguna mira de interés personal

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ó dinástico, sin reservas de ningún genero, observa inviolablemente las leyes y se abstiene de toda tentativa contra ellas, bien seguro, por otra parte, de que semejante empresa chocaría contra la fuerza de resistencia de todos, de aquellos mismos de quienes tendría necesidad para sus planes. Allí también los agentes del poder, profundamente penetrados de su deber, se esfuerzan todos en observar la ley tanto más escrupulosamente, cuanto saben que cualquiera violación les traería consigo una rigorosa responsabilidad. Los magistrados del orden judicial profesan igual respeto á los derechos del pueblo y á los derechos del poder; sin dejarse jamás dominar por ningún estímulo de esperanza ó de temor, marchan con tan arraigadas convicciones, que no habría influencia alguna capaz de perturbarles.

"En este pueblo, en fin, reina en todas las clases el sentimiento del respeto de la ley, el inflexible apego á sus derechos, que defienden con valor y perseverancia por las vías legales; la violación, con respecto á cualquier individuo, de cualquier derecho garantido por la Constitución, toma las proporciones de un peligro general y todos la sienten como si les tocara personalmente el daño."

Un profundo observador de las costumbres de los Estados Unidos nos explica también, por medio de los hábitos del pueblo, el secreto de la buena administración de la justicia criminal en ese país.

"En América, dice Tocqueville, son pocos los medios de que dispone la autoridad para descubrir los delitos y perseguir á los criminales. No existe la policía administrativa, y los pasaportes son desconocidos. La policía judicial de los Estados Unidos no podría compararse con la nuestra; los agentes del ministerio público son poco numerosos y no siempre tienen la iniciativa; la instrucción es rápida y oral.

"Me parece, con todo, dudoso que haya otro país donde el delincuente escape más rara vez á la pena. Allí todos se creen interesados en suministrar las pruebas del delito y en aprehender al delincuente.

"Durante mi permanencia en los Estados Unidos, vi á los habitantes de un lugar en que se había cometido un gran cri-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

men, formar espontáneamente asociaciones para perseguir al culpable y entregarle á los tribunales. En Europa el criminal es un desgraciado que lucha por arrancar la cabeza de manos de los agentes del poder; el pueblo asiste indiferentemente á la lucha. En América es un enemigo del género humano, que tiene en contra suya á la humanidad entera.»

Tal es la influencia de las costumbres y de los hábitos del pueblo en la recta y acertada administración de justicia criminal. Ella supera en realidad á la sabiduría misma de las leyes ó encubre y desvirtúa la funesta acción de las que no han sido bien meditadas.

Para tomar como base principal de nuestro trabajo las leyes y las costumbres del pueblo chileno, no hemos tenido sólo en mira las consideraciones generales que hemos expuesto; hemos tomado también y muy principalmente en cuenta los preceptos y el espíritu de los demás Códigos de la nación, con los cuales debíamos armonizar el presente.

Establecida la organización y atribuciones de nuestros tribunales, por la Ley de 15 de octubre de 1875, era señalada también la senda de los futuros Códigos de Enjuiciamiento. Mientras subsista esa ley debe ser la base fundamental de los Códigos de Enjuiciamiento; en ella debe irse á buscar la solución de los problemas capitales que han de estudiarse y resolverse antes de dictar las reglas del enjuiciamiento civil ó criminal de este país.

✠ José Bernardo Lira

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

LIMITES DEL PODER JUDICIAL

Estudio sobre el artículo 4.° de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (1)

"ART. 4.° Es prohibido al poder judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y, en general, ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes."

SUMARIO: 1.° Disposiciones correlativas.—2.° Discusión del artículo 4.° de la Ley Orgánica de los Tribunales en el seno de la Comisión Revisora.—3.° En la Cámara de Diputados.—4.° La legislación española y francesa sobre esta materia.—5.° La usurpación de atribuciones proviene ordinariamente de la autoridad administrativa.—6.° Reglas de separación entre los poderes ejecutivo y judicial.—7.° Los jueces pueden examinar la legalidad de los actos administrativos cuando se trata de su aplicación á un caso dado.—8.° Jurisprudencia del Consejo de Estado: I. Cuestiones de competencia entre la autoridad administrativa y la judicial, referentes al uso de bienes nacionales concedidos á particulares, conforme al artículo 602 del Código Civil.—II. Cuestiones sobre aguas. Principios generales. Aplicaciones.—III. Cuestiones sobre caminos.—IV. Demandas sobre perjuicios causados por actos de las autoridades administrativas.—V. Delitos cometidos por funcionarios administrativos en el ejercicio de sus funciones.—VI. Causas contra individuos de la policía de seguridad.—VII. Cuestiones sobre cárceles.—VIII. Diversas cuestiones del orden civil.—IX. Competencias sobre asuntos militares.—9.° Jurisprudencia de los tribunales de justicia: I. Acequias de las ciudades.—II. Derechos de los particulares para hacer el negocio de recovas.—III. Id. para el uso de las calles.—IV. Administración de cementerios.—V. Los tribunales no pueden calificar la personería de los que tratan con e Gobierno sobre asuntos administrativos.—VI. Cuestiones sobre jubilación.—VII. Sobre multas impuestas administrativamente.—VIII. Sobre abono de sueldo á militares á quienes el Ejecutivo separa del servicio.—IX. Sobre avalúos hechos por la Aduana.—X. Relaciones entre el poder judicial y ejecutivo.—XI. Sobre el aforo de ciertos establecimientos para el cobro de contribuciones municipales.—XII. Diligencias para constituir títulos de propiedad sobre borateras.—XIII. Apertura de caminos.—XIV y XV. Declaraciones de carácter general.—XVI. Permiso pedido á la justicia para establecer una oficina de enganche de marineros.

1.°

"La soberanía, dice el artículo 3.° de la Ley Fundamental, reside esencialmente en la nación, que delega su ejercicio en las autoridades que establece la Constitución." Los poderes públicos

(1) Este trabajo forma parte de una obra escrita por el autor acerca de la Ley de 15 de octubre de 1875.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

del Estado se ejercen, pues, en virtud de una mera delegación, y para que ese ejercicio sea correcto, independiente y sujeto á responsabilidad, se ha dividido dicho poder público en tres ramas principales, á saber: el *poder ejecutivo*, el *poder judicial* y el *poder legislativo*. Ninguno de estos tres poderes puede tener otras atribuciones que las que expresamente les sean concedidas; y en cuanto al judicial, no puede mezclarse en las de los otros dos poderes sin que sus actos sean radicalmente nulos y sin incurrir en grave responsabilidad penal.

Su intervención en funciones que corresponden al poder legislativo está prevista en el artículo 3.° del Código Civil, que determina que *sólo toca al Legislador explicar ó interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio;* y que dispone, además, que *las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.*

Igualmente correlativas á la disposición del artículo 4.° arriba citado, son las consignadas en la ley de Régimen Interior de 22 de diciembre de 1885, que prohiben á los gobernadores ejercer funciones judiciales ó resolver asuntos contenciosos, y les permiten promover competencias en resguardo de sus atribuciones teniendo presente lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica de los Tribunales y en el 222 del Código Penal (art. 17); las que prescriben que, iniciada la cuestión de competencia entre un tribunal de justicia y un gobernador, suspenda éste la ejecución del decreto, materia de la contienda, y remita ó pida la remisión de los antecedentes al Consejo de Estado (art. 18); las que mandan hacer cesar las medidas gubernativas en cuestiones sobre aguas, desde que los Tribunales de Justicia dicten resolución sobre ellas (art. 22); y las que declaran que á la autoridad judicial corresponde dictar decretos sobre allanamientos, y que el gobernador sólo podrá expedirlos en los casos determinados en el título V de esa misma ley (art. 33).

El precepto del artículo 4.° está además sancionado por la disposición del 222 del Código Penal, que dice:

"El empleado del orden judicial que se arrogare atribuciones propias de las autoridades administrativas ó impidiere á éstas el ejercicio legítimo de las suyas, sufrirá la pena de suspensión del empleo en su grado medio."

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"La disposición precedente sólo se hará efectiva cuando, entablada la competencia y resuelta por la autoridad correspondiente, los empleados judiciales continuasen procediendo indebidamente."

Por su parte, la Corte Suprema dictó, el 22 de diciembre de 1863, un auto acordado con el objeto de reglamentar la forma en que los magistrados judiciales deben entablar las competencias, cuya parte dispositiva es la siguiente:

"1.° En las competencias que las autoridades administrativas promovieren á las judiciales que conozcan en alguna causa por sentencia confirmatoria ó revocatoria expedida por el Tribunal superior, los jueces de primera instancia remitirán los antecedentes al Tribunal que pronunció la sentencia para que éste gestione en el recurso entablado;

"2.° Todo juez á quien se formare competencia por una autoridad administrativa, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, dará cuenta á la Corte Suprema (1)."

La ley de 20 de enero de 1888, que organizó la Corte de Cuentas, dando á este Tribunal un carácter administrativo, determina, en su artículo 41, que las competencias de atribuciones que tenga con los tribunales ordinarios, serán resueltas conforme al número 5.° del artículo 104 (hoy 95) de la Constitución.

2.°

La disposición que contiene el artículo 4.° de la Ley de 15 de octubre de 1875, á pesar de no ser sino la aplicación á los Tribunales de Justicia del precepto general consignado en el artículo 160 (hoy 151) de la Constitución, dió margen á una lata discusión, no solamente en el seno de la Comisión Revisora, sino también en la Cámara de Diputados, donde se pidió que fuera suprimida de la ley en debate.

El proyecto original del señor Vargas Fontecilla tendía á establecer fijamente el campo de acción de cada uno de los poderes administrativo y judicial; pero era imposible condensar en pocas palabras una materia tan vasta, y por lo mismo adolece

(1) LIRA, *Legislación chilena no codificada*, tomo III, pág. 401.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de vaguedad y no llena su objeto la doctrina consignada en su artículo 3.º, que decía:

"El poder judicial no podrá mezclarse en materias gubernativas, ni entorpecer de ningún modo las operaciones de los funcionarios de esta clase.

"Se entienden por materias gubernativas, todas aquellas sobre las cuales se ejercen las atribuciones que, según la Constitución y las leyes del Estado, corresponden al Supremo Gobierno y sus agentes.

"Con todo, estarán sujetas al conocimiento de los Tribunales de Justicia las contiendas en que figuran como parte el Fisco, las municipalidades ó cualesquiera otras corporaciones ó fundaciones de Derecho público, siempre que en dichas contiendas sólo se trate de obtener la declaración de un derecho ó la aplicación de las leyes á hechos determinados."

La Comisión Revisora, en su primera sesión, de 30 de julio de 1869, se ocupó en la redacción que debería darse al artículo, insistiendo el señor Varas en la conveniencia de definir las materias que respectivamente debían quedar bajo la jurisdicción administrativa y bajo la de los Tribunales. El señor Reyes manifestó entonces la dificultad y peligro que ofrecería semejante definición, la cual sólo podía resultar de la contraposición de las leyes que forman el cuerpo del derecho administrativo con los Códigos Civil, Penal, de Comercio, etc.

Á indicación del señor Ocampo, que opinó por la sola conservación del principio general contenido en el inciso 1.º, se aprobó la redacción del artículo en la nueva forma propuesta por el señor Vargas Fontecilla, que decía:

"Es prohibido á los funcionarios del poder judicial mezclarse en materias administrativas, y entorpecer de cualquier modo las funciones que por las leyes corresponden al Presidente de República y sus agentes."

Obedeciendo al mismo orden de ideas, se aprobó también en esa sesión el artículo 4.º del proyecto original, que más tarde la misma Comisión creyó inútil conservar, desde que estaba implícitamente contenido en los primeros artículos de la ley. Ese artículo 4.º decía:

"El poder judicial no tiene facultad para dictar disposiciones

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

generales, ni para impedir ó suspender por motivo alguno la ejecución de una ley.»

En la sesión de 25 de julio de 1870, presentó el señor Campillo nuevamente enmendado el el artículo 3.º, que es el 4.º de que tratamos, en la forma siguiente:

"Es prohibido al poder judicial mezclarse en materias administrativas, entorpecer de cualquier modo las funciones del Presidente de la República ó sus agentes, y, en general, ejercer otras funciones que las determinadas en los dos artículos precedentes.»

El señor Bernales opinó que el artículo en esta forma era redundante y que bastaría expresar que al poder judicial no le era lícito ejercer otras funciones que las designadas en los artículos precedentes; pero el señor Campillo replicó que este artículo prohibía expresamente la ingerencia de los tribunales en materias administrativas y solo como un ejemplo de la regla general de que los tribunales no podían ejercer otras atribuciones que las determinadas en los artículos anteriores, agregando que en el art. 2.º estaban comprendidas las facultades disciplinarias y económicas, y que no era posible agotar la enumeración de todos los casos en que la ley estatuye la intervención del poder judicial.

En la sesión de 19 de agosto del mismo año, los señores Vargas Fontecilla y Ugarte Zenteno pidieron la supresión de las palabras: *y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los dos artículos precedentes*, fundándose en la inutilidad de la prohibición, que no era sino una consecuencia del precepto constitucional; y en el peligro que había en declarar que los tribunales no tenían más esfera de acción que la fijada en los artículos precedentes, pudiendo suceder que se encontraran algunas facultades no comprendidas en dichos artículos. Á esta objeción, que más tarde fué reproducida en la Cámara de Diputados, haciéndola extensiva á todo el artículo, replicaron los señores Campillo y Huneeus "que siempre era útil consignar explanados y desarrollados los preceptos constitucionales, y que era conveniente establecer que todas las facultades de los Tribunales debían participar de la naturaleza de las indicadas en los artículos anteriores; no pudiendo en ningún caso temerse el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

peligro indicado por los señores Vargas Fontecilla y Ugarte Zenteno, porque la misma generalidad de estas disposiciones permitía que dentro de ellas cupieran todas las facultades de los tribunales.»

El señor Huneeus redactó entonces el artículo en la forma en que la Comisión lo aprobó definitivamente, que es ésta: «Es prohibido al poder judicial mezclarse en las funciones de los otros poderes públicos, entorpecerlas de cualquier modo, y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes.»

3.°

En la Cámara de Diputados, los señores Fabres, Letelier y Santa María objetaron el artículo y pidieron su supresión, alegando sustancialmente que era inútil en cuanto reproducía un precepto constitucional, casi sin aplicación al poder judicial, el cual, no disponiendo por sí mismo de la fuerza pública, no podría arrogarse facultades del poder de quien ésta dependía naturalmente; ni habría de tener interés en ello, puesto que los cargos judiciales eran vitalicios; y ni siquiera podría ejecutar actos de una intrusión indebida, desde que, constando de diversas jerarquías, carecía de la unidad indispensable para llevar adelante cualquier propósito vedado.

Fue además calificada esta disposición como perniciosa y ocasionada á dejar sin amparo los derechos de los ciudadanos, si se le daba en la práctica toda la amplitud á que por sus términos se prestaba. Por ella, en efecto, parecería prohibirse hasta reclamar contra la usurpación que otros poderes públicos hicieran de las funciones judiciales, siendo además reaccionaria del precepto que consignaba el artículo 116 de la Constitución de 1823, que decía: «El poder judicial protege los derechos individuales conforme á los preceptos siguientes,» etc. Esa Constitución, al encargar al poder judicial la protección de los derechos individuales, consignaba una disposición indispensable, desde que es menester que los ciudadanos cuenten con una verdadera garantía para el caso de ser atropellados por las autoridades á pretexto de medidas administrativas. El celo indiscreto

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ó la ojeriza disimulada no sólo de un intendente ó un gobernador, sino de un subdelegado, puede poner en conflicto la propiedad particular y producir un verdadero despojo.

La apertura de un camino, la construcción de una escuela y otras medidas de esta especie que entran en la esfera administrativa, pueden causar un vejamen y un atropello, y no ser muchas veces más que un escudo para cometerlas. Para tales situaciones, que no son raras, sino frecuentes, el proyecto no sólo no franquea ningún arbitrio, sino que, lejos de eso, consigna el artículo 4.º, que servirá para inhabilitar la acción de la justicia y para negarle su competencia aún en los casos de despojo violento (1).

Para manifestar la conveniencia de la intervención del poder judicial en los actos de otros poderes, relacionados con sus propias funciones, citó el señor Fabres el caso de diversos fusilamientos efectuados con la simple aprobación del general en jefe de la frontera, de los cuales reclamó la Corte Suprema; y el señor Letelier, el de una sentencia reciente de la Corte de Apelaciones de Santiago, que echaba por tierra una resolución de la autoridad administrativa, mandando restituir á un litigante los derechos que el intendente de la provincia había intentado arrebatarle.

Algunas de estas observaciones habían sido tomadas en cuenta por el señor Lira, en la sesión de 18 de agosto de 1874, en que manifestó que el artículo sólo trataba de poner límites al enorme poder de los jueces, que, si bien puede ser en muchas ocasiones el baluarte de ciertos derechos, deja también en sus manos la fortuna, la vida y el honor de las familias. "Garantías semejantes á las de este artículo, agregó, acaba de tomar la España en el artículo 4.º de su ley provisional sobre organización del poder judicial promulgada en septiembre de 1870, y ya las había tomado entre nosotros el Reglamento de Administración de Justicia."

Por lo demás, no era de temer el peligro de que los Tribunales hubieran de cruzarse de brazos cuando vieran usurpadas sus

(1) Discurso del señor Santa María en la sesión de 3 de septiembre de 1874.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

atribuciones, puesto que en tal caso podrían entablar competencia á la autoridad usurpadora, siendo el Consejo de Estado llamado expresamente para dirimirla en virtud de la atribución 5.ª del artículo 104 (hoy 95) de la Carta Fundamental, reconocida en el artículo 5.º de esta misma Ley.

En la sesión de 28 de agosto de 1874 el señor Barceló, Ministro de Justicia, presentó una modificación del artículo 4.º en que cambiaba el vocablo *funciones* de la primera frase por el de *atribuciones* y suprimía estas palabras: *entorpecerlas de cualquier modo.* En esta forma fué aprobado el artículo en la sesión de 4 de septiembre, habiendo votado catorce diputados por su supresión. El Senado no hizo acerca de esto observación alguna.

4.º

La regla consignada en el artículo 4.º, que tanto hizo temer á algunos por la independencia del poder judicial, no es una originalidad de nuestra legislación. Como lo hizo notar el señor Lira, la ley española de 15 de septiembre de 1870 contiene una disposición análoga y existen además diversos preceptos semejantes en la legislación francesa. Aquella ley, después de prevenir en su artículo 3.º que los jueces y tribunales no ejercerán más funciones que las de aplicar las leyes, juzgar y ejecutar lo juzgado y las demás que expresamente se les concedan, agrega en el artículo 4.º: "Por consecuencia de lo ordenado en el artículo que precede, no podrán los jueces ni los tribunales mezclarse directa ni indirectamente en asuntos peculiares á la administración del Estado, ni dictar reglas ó disposiciones de carácter general acerca de la aplicación é interpretación de las leyes. Tampoco podrán aprobar, censurar ó corregir la aplicación ó interpretación de las leyes, hecha por sus inferiores en el orden jerárquico, sino cuando administren justicia en virtud de las apelaciones ó de los recursos que las leyes establezcan." (1)

En cuanto á Francia, la revolución de 1789 después de abolir todas las jurisdicciones especiales estableció, por los de-

(1) OCHOA, *Códigos, leyes y tratados vigentes en España.* Ley provisional sobre organización del Poder judicial.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cretos de 22 de diciembre de aquel año, 16-24 de agosto y 7-11 de septiembre de 1790, expresa distinción entre las atribuciones de la administración y las de la autoridad judicial. El primero de estos decretos determinó las funciones puramente administrativas de los directorios de departamento y de distrito, y prohibió que estos directorios fuesen perturbados en el ejercicio de sus funciones por algún acto del poder judicial. El último de los decretos citados suprimió los tribunales administrativos y encargó á los tribunales ordinarios resolver sobre contenciones entre partes.

El principio de la separación de los poderes ejecutivo y judicial, consignado ya en el decreto de 22 de diciembre de 1789, fué reproducido por el decreto de 16-24 de agosto de 1790, sobre la organización judicial, cuyo título 2.º, artículo 13, dice: "Las funciones judiciales son diversas y permanecerán siempre separadas de las administrativas. Los jueces no podrán, bajo la pena de prevaricación, perturbar de cualquier modo, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos á los administradores por razón de sus funciones." Disposiciones análogas fueron insertadas sucesivamente en la Constitución de 3 de septiembre de 1791, que decide "que los tribunales no pueden mezclarse en el ejercicio del poder legislativo, ó suspender la ejecución de las leyes, ni atacar las funciones administrativas ó citar ante ellos á los administradores por razón de sus funciones" y en la Constitución del 5 fructidor, año III, que dispone en sus artículos 202 y 203: "Las funciones judiciales no pueden ser ejercidas ni por el cuerpo legislativo ni por el poder ejecutivo. Los jueces no pueden mezclarse en el ejercicio del poder legislativo ni hacer ningún reglamento. Tampoco pueden enervar ó suspender la ejecución de una ley, ni citar ante ellos á los administradores por razón de sus funciones." Otro tanto dispuso el decreto de 16 fructidor, año III (1).

Un precepto semejante al del artículo 3.º de nuestro Código Civil, prohibe también en Francia á los jueces pronunciarse, por vía de disposiciones generales ó reglamentarias sobre las causas que les están sometidas. "No hay libertad, ha dicho Montesquieu,

(1) DALLOZ, *Répertoire. Compétence administrative.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

si el poder de juzgar no está separado del poder legislativo.» En Roma, el pretor llegó á cambiar completamente la ley, cuya aplicación se le había confiado, y los emperadores, después de atribuirse el poder legislativo, se hicieron jueces en más de una ocasión (1). Sabido es que de esta manera el poder imperial llegó al último extremo de una tiranía desenfrenada, lo que apresuró su ruina y la del Imperio Romano.

5.°

Mr. Destriveaux piensa que las usurpaciones recíprocas de las autoridades administrativa y judicial no deberían estar colocadas en la misma línea. La usurpación cometida por la primera de estas autoridades sobre la otra le parece más importante y más probable. «Aquélla, dice, no tiene necesidad de un objeto particular para hacer un reglamento; ella obra espontáneamente, bien ó mal; pero la autoridad judicial no puede proceder sino cuando se le presenta una cuestión particular. Fuera de ese caso, permanece en estado de inercia. La autoridad administrativa obra por sí misma; la fuerza judicial necesita para obrar que la mueva un impulso extraño. La autoridad administrativa, emanación del poder ejecutivo, está á menudo confiada á un solo hombre, cuyas determinaciones son tomadas con rapidez y sin embarazo; mientras que la disposición de la justicia no está confiada á las manos de una sola persona, siendo ejercida por un cuerpo deliberante.» Este autor concluye sosteniendo que las usurpaciones del poder administrativo debieran ser castigadas más rigorosamente que las del poder judicial (2).

6.°

Pero, si es un principio inconcuso de la legislación moderna que cada autoridad debe desempeñar sus funciones dentro de la órbita que le corresponde, y si disposiciones expresas de

(1) MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tomo I, artículo 5.°

(2) CHAUVEAU ET HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, tomo II, núm. 459.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nuestras leyes que organizan el régimen administrativo y el judicial, así lo establecen, en la práctica sucede que entre los diversos órdenes de funciones existen vecindades, contigüidades á cuya aproximación las líneas de separación se hacen menos perceptibles y están ordinariamente sujetas á litigio. ¿Cuáles son, en tal caso, las reglas de separación entre los poderes administrativo y judicial que sirvan para resolver los casos dudosos que ordinariamente se presentan? Desgraciadamente no existen disposiciones positivas que fijen esas reglas, y el Tribunal encargado de fallar estas competencias se ve precisado á atenerse á los principios generales, naturalmente vagos, y sujetos en todo caso á la apreciación personal de cada juez (1).

Los principios teóricos que reglan la separación de poderes, han sido expuestos con notable uniformidad por la mayor parte de los publicistas. "Cuando el soberano, dice Meyer, da á la nación, tomada colectivamente, una dirección segura, cuando indica generalmente los deberes que los súbditos deben cumplir; cuando no se pone en relación sino con la nación en masa, sus disposiciones deben ser generales y obligatorias para todos los que se encuentran en las circunstancias designadas: tal es el ejercicio del *poder legislativo.* Cuando el modo de obedecer debe ser reglamentado; cuando en las relaciones del soberano á la nación, debe ser designada la parte que corresponde á cada individuo; cuando es menester velar por que la ley general sea reconocida y observada por todos; cuando los detalles de cada especie individual deben ser examinados y clasificados; cuando

(1) La falta de leyes á que deba someterse el fallo de las cuestiones de competencia entre los poderes administrativo y judicial ha sido causa de que las resoluciones del Consejo de Estado hayan sido variadas y hasta contradictorias, resintiéndose á veces del carácter eminentemente político que tiene ese alto cuerpo por razón de su constitución. La tendencia constante es, sin embargo, á amparar al poder judicial, y desde la promulgación de la Ley Orgánica de Tribunales esa tendencia se acentúa cada vez más.

Un eminente hombre público, el señor don Antonio Varas, publicó en la Revista Forense un artículo concienzudo acerca de las competencias, y en él insiste particularmente en la necesidad de dictar una ley que sirva para resolver los casos que se presenten. Prometía continuar este trabajo, que apenas inició, cuando la muerte vino á privar al país de sus servicios y de sus luces.—Véase Revista Forense, tomo II, pág. 72.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la autoridad dispone la aplicación de las disposiciones legislativas; cuando, en fin, se trata de las relaciones del soberano con los individuos que componen la nación, entonces se ejercita *el poder administrativo ó ejecutivo.* Cuando hayan de ser determinadas las relaciones de los individuos entre sí; cuando se trate de evitar que ningún particular se eleve sobre el resto de sus conciudadanos, por el abuso de la ley ó bajo un pretexto cualquiera, en detrimento del derecho ajeno, entonces se ejercita *el poder judicial.* Lo que el poder ejecutivo ó administrativo es á la legislación en todo lo que concierne a los intereses públicos, la autoridad judicial debe serlo con respecto á las relaciones individuales: estas nociones simples y claras emanadas únicamente de la esencia de todo gobierno, cualquiera que sea su forma y origen, bastan para establecer la diferencia necesaria é inmutable de los tres poderes, y las reglas evidentes para su separación» (1).

Partiendo de estas bases, puede decirse que el principio capital que domina esta materia es que todas las cuestiones que hayan de resolverse por reglas generales de interés común, ya éntre en ellas la sociedad formando un todo capaz de derechos y obligaciones, ya con relación á la generalidad de los ciudadanos, deben ser decididas por la autoridad administrativa; y siempre que se trate de cuestiones entre particulares ó entre la sociedad y un particular, pero que hayan de resolverse por los principios del Derecho civil, corresponde su conocimiento á los tribunales. En consecuencia, los tribunales no pueden hacer, comprobar, censurar, explicar ni modificar los reglamentos de orden público, ni en manera alguna entorpecer los actos de la administración, ni hacer comparecer ante sí á los funcionarios por faltas en el ejercicio de sus funciones, sin la previa autorización determinada por la Constitución ó la ley. La autoridad administrativa por su parte, está inhibida de todo conocimiento sobre puntos determinados por el Derecho común, sin que pueda mezclarse en ninguna cuestión de posesión, de estado, domicilio ó propiedad, usufructo ó servidumbre, ni juzgar del mérito de

(1) MEYER, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, tomo VI, cap. 2.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ninguna clase de documentos ó títulos particulares, tales como donaciones, contratos de venta, arrendamiento ó sociedad, poderes, transacciones, créditos de comercio, sucesiones, posesión, etc. Acepta sin comprobación las sentencias de los tribunales civiles sobre materias de su competencia, absteniéndose al mismo tiempo de modificar su efecto ó de mezclarse en su ejecución de otro modo que prestando la fuerza pública cuando los tribunales la soliciten para llevar á cabo sus resoluciones (1).

«La jurisdicción *administrativa*, agrega Escriche, no alcanza sino á los asuntos gubernativos que son propios de las atribuciones que las leyes asignan á cada una de las autoridades encargadas de los ramos de administración, y puede tomar por base de sus decisiones en los casos ó negocios que ocurran, todos los datos, noticias, informes que crea oportuno procurarse para ilustrar su conciencia; y la jurisdicción judicial ha de ceñirse á los negocios contenciosos, sean civiles ó criminales, esto es, á los negocios en que se presentan dos partes disputando sobre derechos ú obligaciones existentes, nacidas de la ley ó de contrato ó de un hecho propio, sin poder tomar por base de sus resoluciones sino lo alegado y probado por las partes, ni ejercer otras funciones que juzgar y ejecutar lo juzgado; de suerte que la primera tiene un poder discrecional más ó menos extenso según la especie y naturaleza de los casos; y la segunda ha de atenerse precisamente á lo que los interesados le demuestren» (2).

7.°

Pero, si los jueces no pueden hacer reglamentos, ni siquiera tomar medidas de policía para prevenir nuevos delitos, como lo ha decidido en Francia la Corte de Casación (3), no por eso carecen del derecho de verificar, bajo todos los aspectos necesarios, la legalidad de las resoluciones, ordenanzas ó decretos cuya

(1) Véase Fuentes, *Compendio del Derecho Administrativo*, cap. 6, y Gandillot, *Curso de Derecho Administrativo*.

(2) Escriche, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. «Jurisdicción.»

(3) Le Graverend, *Traité de la Législation criminelle en France*, cap. 1.°

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

aplicación es reclamada ante ellos, y rehusarla si juzgan que no existe esa legalidad. Graves cuestiones suelen presentarse á este respecto ante los tribunales, y si éstos no pueden permitirse revocar una resolución gubernativa ú ordenar que no se la obedezca, tratándose de la interpretación de los actos de esta autoridad, los tribunales pueden darles aquella interpretación lógica que es indispensable para la aplicación del acto, y les es lícito dejar sin cumplimiento los decretos que sean evidentemente contrarios á la Constitucion ó á la ley (1).

8.°

Aunque la jurisprudencia no desempeña todavía en Chile el importante papel que se le ha asignado en los países mas adelantados, y especialmente en Inglaterra, nosotros, siguiendo el sistema que nos hemos propuesto en esta obra, vamos á resumir brevemente las principales resoluciones dictadas por el Consejo de Estado en cuestiones de competencia entre autoridades administrativas y judiciales desde la promulgación de la Ley Orgánica de los Tribunales. La jurisprudencia del Consejo de Estado, cuyas resoluciones han sido redactadas de ordinario con un lamentable laconismo, no es menos digna de ser conocida que la de los tribunales de justicia, aun cuando la extrema brevedad de las sentencias y la insuficiencia de los motivos en que se fundan no arrojen á veces la luz necesaria para comprender los principios generales á que obedece. Hé aquí esas resoluciones.

I.—Cuestiones nacidas del uso de bienes nacionales concedido á particulares conforme al artículo 602 del Código Civil

1.ª Habiéndose denunciado como obra nueva un muelle que se construía con permiso del Presidente de la República, se siguió el juicio ante el juez respectivo; pero el gobernador le formó competencia sosteniendo que se trataba de un negocio meramente administrativo, El Consejo de Estado, considerando que la obra se construía en bienes nacionales de uso público, con permiso de la autoridad competente;

(1) Ortolán, *Elementos de Droit Pénal.* De la Compétence.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que ella no ofendía derechos que particularmente pertenecieran á los denunciantes, ni había materia, en consecuencia, para una contienda entre partes sobre derechos privados; i que si de la manera como se hacía uso de la concesión se derivase perjuicio al uso público de los bienes nacionales ú otros embarazos, las reclamaciones debían entablarse ante la autoridad que había concedido el permiso y que debía establecer las limitaciones necesarias para que no se causasen perjuicios, resolvió que el conocimiento del negocio correspondía á la autoridad administrativa. (*Diario Oficial* de 1877, pág. 717.)

2.ª Por versar sobre acción civil y ser asunto judicial, se declaró que correspondía á la justicia ordinaria conocer de una demanda entablada contra la Municipalidad de Santiago para que se la obligara á rehacer el empedrado de una calle. (*Diario Oficial* de 1881, pág. 7.)

3.ª Ante el juzgado de Concepción se seguía un juicio sobre denuncio de obra nueva, que la autoridad administrativa sostenía corresponderle por tratarse de la construcción de un edificio sobre terrenos del Estado, cuyo uso estaba concedido al demandado. El Consejo de Estado, teniendo presente que las facultades que las leyes confieren á la autoridad administrativa, respecto á los bienes nacionales, se refieren á su conservación y custodia; pero nó á resolver diferencias que puedan surgir entre particulares ó con el Fisco, respecto á derechos en ellos, y que la cuestión versaba sobre el dominio del terreno cuyo uso había sido concedido por el Gobierno, resolvió que el conocimiento de la causa correspondía á la justicia ordinaria. (*Diario Oficial* de 1884, página 1636.)

4.ª El subdelegado de Olmué (Limache), mandó suspender la construcción de una casa que se hacía en la plaza del lugar. El perjudicado se querelló de despojo, y el gobernador formó competencia al juzgado fundándose en que la prohibición del subdelegado nace de su deber de velar por que se respeten y mantengan en el uso á que están destinados los bienes públicos. El Consejo de Estado resolvió que el negocio correspondía á la justicia ordinaria, porque se trataba de una cuestión sobre propiedad del terreno en que se hacía el trabajo, la cual era judicial por su naturaleza, no importando la querella entablada, sino el ejercicio de una acción civil encaminada á conservar la posesión de un bien raíz. (*Diario Oficial* de 1887, pág. 2129.)

5.ª El intendente de Llanquihue hizo una concesión de terreno en Octay, pero un tercero que se creía dueño de él por compra anterior hecha al Fisco, entabló demanda en contra del concesionario. El intendente, creyendo que se trataba de juzgar un acto administrativo,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

formó contienda de competencia. El Consejo de Estado resolvió que el juez letrado era competente porque en el juicio iniciado se trataba de decidir cuál de los dos títulos exhibidos por las partes debía ser preferido, lo que importaba una verdadera cuestión contenciosa. (*Diario Oficial* de 1887, pág. 2198.)

6.ª Una Municipalidad concedió permiso para tender rieles en una de las calles de la población; y, hecho el trabajo, el gobernador dispuso que se deshiciese por cuanto se había ejecutado de manera que perjudicaba á una empresa que tenía de antemano construída una línea férrea en la misma calle. Habiéndose presentado el concesionario ante el juez de letras, el gobernador sostuvo que el negocio era de su incumbencia. El Consejo de Estado resolvió que, pudiendo considerarse las acciones deducidas, la una como indemnización de perjuicios y la otra como denuncio de obra nueva, el conocimiento de ambas correspondía á la justicia ordinaria. (*Diario Oficial* de 1888, pág. 2049.)

II.—Cuestiones sobre aguas (arts. 598 y 603 del Código Civil)

Antes de exponer las contiendas resueltas por el Consejo de Estado en materia de aguas, debemos hacer una advertencia preliminar. La ley establece que el uso de las aguas que se extraen de los ríos para objeto industrial ó doméstico debe regirse para las leyes y ordenanzas respectivas (1). De manera que la autoridad administrativa está encargada de dictar las reglas generales para el uso de las aguas, y á los tribunales toca resolver las cuestiones que surgen entre los particulares con motivo de ese mismo uso. La administración intervendrá entonces por razón del interés general; pero si se forma una controversia entre los riberanos acerca del uso de las aguas, ella es de la competencia de los tribunales, porque se refiere únicamente á intereses privados. Nada más simple que este principio, que resulta de la separación y de la misión de los dos poderes llamados á ejecutar y á aplicar las leyes, el poder ejecutivo y el poder judicial. Los tribunales no proceden si no cuando se invoca su intervención, y no puede haber demanda si no hay intere-

(1) La ley de 12 de septiembre de 1887 declara, en su artículo 93, que «á la Municipalidad incumbe dictar las ordenanzas locales á que se refiere el artículo 598 del Código Civil.»

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sados: es, pues, esencialmente una cuestión de intereses privados la que los tribunales resuelven al decidir las demandas que ante ellos se interponen. Mientras tanto, el poder reglamentario de la administración tiene por objeto los intereses generales. El principio es sencillo, pero no lo es su aplicación en cuanto se relaciona con intereses particulares. Los concesionarios de las aguas están de por medio, no sólo cuando la administración dicta ó ejecuta sus reglamentos, sino también cuando los tribunales aplican las leyes ó las ordenanzas respectivas. ¿Cuál es, pues, la línea de separación de los dos poderes y cómo saber si es el poder ejecutivo ó el judicial el que debe intervenir en cada caso?

"Preciso es atenerse al principio de que la autoridad administrativa es la que dirige y regla los intereses generales, aun cuando tome una medida que afecte á los intereses individuales. Desde que estos intereses se pongan en conflicto, ya no se trataría de *intereses*, sino de *derechos:* la cuestión debe ser llevada ante los tribunales, cuya misión es mantener los derechos y las obligaciones. Una sentencia de la Corte de Casación ha formulado netamente esta distinción." Los reglamentos sobre corrientes de agua, dice la Corte, pertenecen exclusivamente á las autoridades administrativas, siempre que las consecuencias de estos reglamentos puedan afectar, sea un *interés general*, sea el *interés de terceros* no partes en litigios, sea un acto emanado de la autoridad administrativa para ordenar ó prohibir ciertos trabajos; pero corresponde á la autoridad judicial resolver sobre las dificultades suscitadas entre particulares cuando no comprendan sino la cuestión de saber qué *derechos* respectivos sobre una corriente de agua resultan para ellos solos de las convenciones recíprocamente consentidas." En otra sentencia se dice que la autoridad administrativa regla las corrientes de agua en *interés colectivo* de de los que la usan y que la autoridad judicial interviene en las cuestiones que se suscitan entre particulares con ocasión del *modo de gozar* dichas aguas y de las empresas que puedan establecer por su medio.

"Es inconcuso que el interés general domina sobre el privado; así, pues, cuando la administración reglamenta el uso de las aguas, los riberanos no pueden atacar el reglamento ni dispen-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sarse de observarlo porque hiera el interés privado. Pero la máxima que subordina el interés privado al interés general no significa que el poder administrativo pueda dañar los derechos de los individuos, tales como resultan, sea de la ley, sea de sus particulares convenciones. La administración no estatuye sobre los derechos, sino que hace reserva de ellos en todas sus decisiones; y si se levanta un debate sobre los derechos de los individuos, ella es incompetente; los tribunales son los únicos que tienen la misión de pronunciarse sobre él.» (1).

Obedece á estos principios la disposicion del artículo 22 de nuestra ley del Régimen Interior, dictada el 22 de diciembre de 1885, y que dice·

«En época de escaséz de agua en los ríos, el gobernador deberá hacer cumplir las leyes y ordenanzas vigentes.

«Si surgieren cuestiones entre particulares sobre derechos de agua, ó sobre su facultad para ejecutar obras dentro de la caja del río, el gobernador se limitará á impedir que en ella se ejecute toda obra nueva que no sea ordenada por un tribunal de justicia.

«Si el derecho á las aguas diere margen á cuestión entre la autoridad y los particulares, el gobernador sólo podrá tomar medidas provisionales con el fin de conservar los derechos de agua de las poblaciones.

«Las medidas gubernativas cesarán desde *que los Tribunales de Justicia dicten resolución sobre ellas.*»

Hé aquí ahora los casos resueltos por el Consejo de Estado antes y después de la vigencia de esta ley:

1.° Habiendo procedido el gobernador de la Victoria á disponer la distribución del agua en varios canales, uno de los accionistas pidió ante el juez de letras que, para esa distribución, se tomase como base una sentencia dictada en su favor por los Tribunales de Justicia. Acogida favorablemente esa solicitud y resistida por el gobernador, que creía ejercer una función administrativa, distribuyendo el agua con arreglo á las sentencias judiciales y determinando la preferencia con que debía gozarla cada accionista, se formó la competencia, que el

(1) Laurent, *Principes de Droit Civil*, tomo VII, «Des Servitudes.»

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Consejo de Estado falló declarando que el negocio era de la incumbencia del juez de letras y fundándose en que éste no disputaba al gobernador la facultad de distribuir el agua entre los interesados, una vez que éstos estuviesen de acuerdo sobre la legalidad de sus títulos y de los derechos que ellos les conferían; pero que no estando las partes acordes acerca de la preferencia que les correspondía según la sentencia judicial que invocaban, sus pretensiones encontradas formaban una verdadera contención, cuyo conocimiento correspondía á los Tribunales de Justicia. (*Diario Oficial* de 1878, pág. 3029.)

2.° Un particular ejecutó ciertas obras en el estero de Limache, y creyéndose otro perjudicado con ellas, pidió al gobernador que se pusieran á turno las aguas y se nombrara un juez de aguas. El gobernador accedió; pero el primero ocurrió á la justicia ordinaria, que se creyó competente para conocer en el asunto, y formó contienda á aquel funcionario.

El Consejo de Estado, considerando que si el gobernador de Limache había podido tener jurisdicción para permitir ó prohibir que en la caja del estero de Limache se ejecutasen obras que torcieran ó cambiaran el curso de las aguas, no las tenía para resolver las cuestiones que sobre preferencia al goce de éstas se habían suscitado, resolución que corresponde á los tribunales, declaró que el conocimiento del negocio, en cuanto á los derechos de la preferencia alegada por las partes, correspondía á la justicia ordinaria. (*Diario Oficial* de 1880, página 528.)

3.° Habiendo uno de los comuneros de un canal, construído una boca-toma en la caja del río para separar las aguas que le correspondían, el subdelegado del lugar ordenó la destrucción de la obra; por lo que el interesado ocurrió á la justicia ordinaria, y se formó contienda de competencia entre ésta y el intendente de la provincia, que amparó los actos de su subalterno.

El Consejo de Estado, teniendo en cuenta que la boca-toma y el marco medidor de aguas se habían construído sin permiso de la autoridad administrativa, en contravención á las disposiciones legales vigentes en aquella época, y que el subdelegado había ejecutado un acto propio de sus atribuciones como agente de la autoridad administrativa al impedir la construcción de una obra en un bien nacional de uso público, sin haberse obtenido el permiso previo que era necesario, declaró que el conocimiento del asunto correspondía al intendente de la provincia. (*Diario Oficial* de 1883, pág. 857.)

4.° Hecho el nombramiento de un juez de aguas ante el subdele-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

gado del lugar, uno de los interesados lo objetó como nulo ante el juez letrado, y éste lo declaró inválido por no haberse verificado el acto ante él. El subdelegado formó entonces competencia al juez de letras, y el Consejo de Estado la dirimió á favor de la justicia ordinaria: 1.°, por tratarse de las aguas de un canal que, según el artículo 837 del Código Civil, son de propiedad privada, correspondiendo en consecuencia á la justicia ordinaria el conocimiento de las cuestiones relativas á ellas; y 2.°, porque si el gobernador está autorizado por el artículo 22 de la ley del Régimen Interior para tomar ciertas medidas en materia de aguas, los subdelegados carecen de las mismas facultades. (*Diario Oficial* de 1887, pág. 2189.)

5.° Habiéndose querellado un particular ante la justicia porque el gobernador de Maipo había cegado una acequia por la cual corría agua de propiedad de aquél, el Tribunal dió lugar á la querella, y el gobernador formó competencia, sosteniendo que había procedido administrativamente á dar cumplimiento á un acuerdo municipal que lo autorizaba conforme á la ley para hacer un arreglo conveniente en las acequias de la población.

El Consejo de Estado resolvió también en este caso que el conocimiento del asunto correspondía á la justicia ordinaria, por tratarse de una contención sobre derechos privados, desde que el querellante sostenía ser dueño del agua y haber sido privado de ella indebidamente, y el gobernador, por su parte, contradecía esa afirmación. (*Diario Oficial* de 1887, pág. 2189.)

6.° Un juez de aguas alteró la dotación de un canal, y el dueño de éste se querelló ante el juez de letras, quien dió lugar á la querella. El intendente de la provincia promovió entonces competencia á la justicia, sosteniendo que el juez de aguas había procedido ejerciendo funciones meramente administrativas. El Consejo de Estado, teniendo presente que por la querella entablada se trataba de recuperar la posesión del agua de que había sido privado el querellante, y que esta cuestión era por su naturaleza contenciosa, declaró sin lugar la contienda promovida por el intendente. (*Diario Oficial* de 1888, pág. 230.)

III.—Cuestiones sobre el uso de caminos. (Ley de 17 de diciembre de 1842 y artículos 598, 599 y 600 del Código Civil.)

1.° El intendente de Santiago ordenó que se entregase al tráfico público un camino, que un particular decía pertenecerle exclusivamente. Creyéndose éste perjudicado con la medida, entabló contra el in-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tendente demanda de jactancia, y éste á su vez formó contienda de competencia al Tribunal ante quien se dedujo la demanda.

El Consejo de Estado, considerando que los gobernadores están encargados por la ley de velar por la conservación de los caminos públicos, restituyendo á su antiguo estado los que fuesen variados ó suprimidos sin permiso de la autoridad competente, y que el intendente no había hecho otra cosa que cumplir con este precepto legal sin privar á la parte reclamante del derecho que creyera tener para justificar por los medios legales el dominio del camino, declaró que el intendente había obrado en la esfera de sus facultades administrativas al ordenar la apertura de aquél, y que por consiguiente el juzgado no era competente para conocer en la demanda de jactancia, sin perjuicio del derecho que tuviera la parte reclamante de interponer acción para justificar su propiedad exclusiva del camino ante el Tribunal correspondiente. (*Diario Oficial* de 1882, pág. 783.)

2.ª El Intendente de Aconcagua concedió permiso para alterar el curso de un canal, y uno de los dueños de éste se querelló ante la justicia para que se restableciesen las cosas á su estado anterior. Aceptada la querella, el Intendente formó contienda de competencia alegando que había concedido el permiso porque el canal dañaba el camino público y haciendo uso de las facultades que le confería el decreto de 17 de diciembre de 1842. El Consejo de Estado declaró que el negocio correspondía á la justicia ordinaria porque, aunque el Intendente había procedido legalmente, su decreto «no podía servir de base para amparar á una de las partes en un uso que podía perturbar el de sus condueños.» (*Diario Oficial* de 1884, pág. 1323.)

3.ª Se suscitó entre dos propietarios vecinos la cuestión de saber si debía ó nó abrirse una puerta en el fundo de uno de ellos para que el otro pudiera ejercitar la servidumbre de tránsito. Una de las partes llevó la cuestión ante el juez de subdelegación y la otra ante el gobernador, quienes formaron contienda de competencia. El Consejo de Estado declaró que el gobernador debía mantener abierto el camino, sin perjudicar las acciones que las partes interesadas dedujesen ante la justicia ordinaria, á quien correspondía el conocimiento del negocio. (*Diario Oficial* de 1884, pág. 1537.)

4.ª El gobernador de Itata mandó restituír al tráfico público un camino que atravesaba por una propiedad particular. La dueña de la propiedad reclamó ante la justicia, pidiendo que se avocara la cuestión, á lo que el juzgado accedió, formando competencia al gobernador. El Consejo de Estado, considerando que, en virtud de la oposición de-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ducida, se había suscitado contienda sobre la existencia del antiguo camino; y que toda contienda entre partes que afecta derechos privados, pertenece exclusivamente á los tribunales establecidos por la ley, declaró que había lugar á la competencia formada por el juez de letras, quien debía continuar en el conocimiento del negocio. (*Diario Oficial* de 1886, pág. 831.)

5.ª El Intendente de Talca ordenó la destrucción de unos tacos formados dentro de una zanja que existía en el camino público; por lo cual se querelló ante la justicia el propietario del fundo inmediato, que se creía con derecho al uso del agua que corría por la zanja. El intendente sostuvo su derecho y formó la competencia, que el Consejo de Estado decidió en su favor, por cuanto se había limitado á destruír los tacos que producían el derrame de las aguas sobre el camino, y por consiguiente se había mantenido dentro de sus atribuciones, sin desconocer los derechos del propietario, ni á la propiedad del cauce ni aún al uso de él como canal de regadío, siempre que lo hiciera sin perjuicio del camino. (*Diario Oficial* de 1887, pág. 2136.)

6.ª El Gobernador de Rere mandó abrir un camino, y los propietarios del fundo por donde éste atravesaba se querellaron ante el juez de letras respectivo. Formada competencia por el gobernador, se oyó al fiscal de la Corte Suprema, quien sostuvo la jurisdicción de la autoridad administrativa con fundadas razones, de las cuales era una la siguiente: «Una querella de amparo ó de despojo no es el recurso legal con que debe atacarse un acto ejecutado por una autoridad administrativa en el ejercicio de sus funciones. El derecho establece las acciones posesorias para los casos en que una persona turba ó embaraza á otra por vias de hecho, en la posesión de bienes raíces ó de derechos reales constituídos en ellos, ó la despoja de esa posesión; pero la autoridad administrativa que expide una orden en virtud de atribuciones que la ley le confiere, no hace violencia.» Agregaba que el Presidente de la República, los intendentes y gobernadores no pueden ser demandados por sus actos oficiales, porque, si así sucediera, el tribunal que conoce de la causa quedaría investido de la facultad de rever los actos gubernativos, pudiendo, en consecuencia, revocarlos ó anularlos.

M. E. BALLESTEROS

(*Concluirá*)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

ESTUDIOS SOBRE LA LEY DE GARANTÍAS INDIVIDUALES

La ley de 25 de septiembre de 1884 vino á llenar un vacío que desde largo tiempo atrás se notaba en nuestra legislación.

Á pesar de que la Constitución Política de 1833 contiene varios preceptos encaminados á garantir la libertad individual de todos los habitantes de la República, y prescribe ciertas reglas reglas á que el enjuiciamiento criminal debe sujetarse, no siempre se observaron sus disposiciones y con harta frecuencia los más preciados derechos eran lastimosamente atropellados ó desconocidos por mandatarios poco escrupulosos del cumplimiento de su deber y por jueces cuyas facultades en algunos casos no reconocían más límites que su prudencia ó su capricho.

Con el propósito de subsanar esos graves males, incompatibles con la cultura y progreso á que había alcanzado nuestro país, así como para asegurar el verdadero prestigio de nuestras intituciones fundamentales, el distinguido estadista señor don Antonio Varas, de imperecedera memoria, presentó á la Cámara de Diputados, en 12 de julio de 1870, un proyecto de ley sobre garantías á la libertad individual, que el Congreso y la opinión pública recibieron con caloroso entusiasmo.

Dicho proyecto venía á llenar una necesidad por todos imperiosamente sentida y á satisfacer aspiraciones mucho tiempo acariciadas; pero á pesar de eso no fué informado por la respectiva comisión de Cámara sino cinco años más tarde, en 7 de julio de 1875. Puesto poco después en discusión, dió origen á interesantes debates que terminaron con su aprobación en agosto del mismo año, fecha en que fué enviado al Senado, donde le aguardaba nuevo retardo de tres años antes de sometérsele á discusión.

Esta empezó en 1881 y por circunstancias que es ocioso recordar aquí y que acaso parecerían inexplicables, el proyecto

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

del señor Varas sólo vino á ser ley de la República, con las modificaciones en él introducidas, en 25 de septiembre de 1884.

No obstante tan largas tramitaciones, la ley de garantías adolece de algunos defectos y la práctica ha notado en ella disposiciones vagas ú oscuras acerca de las cuales las opiniones se mantienen divididas aún en los Tribunales superiores de Justicia que no pocas veces las han interpretado en sentidos contradictorios.

Al estudio de dos de las cuestiones más importantes que la interpretación de esa ley sugiere y que casi diariamente se las somete al fallo de los tribunales, se encaminan los trabajos que van en seguida.

¿Debe concederse excarcelación bajo de fianza al procesado por estafa?

El derecho que al procesado asiste para pedir su excarceración mientras se tramita la causa iniciada contra él, está garantido por la Constitución del Estado, que en su artículo 142 dispone que "afianzada suficientemente la persona ó el saneamiento de la acción, en la forma que, según las naturaleza de los casos, determine la ley, no debe ser preso ni embargado el que no es responsable á pena aflictiva ó infamante".

No habiendo determinado la Carta fundamental, promulgada bajo el imperio de la antigua legislación española, cuáles eran esas penas, el artículo 37 del Código Penal definió las *aflictivas*, mas no las *infamantes*, pues estas últimas no existen en la penalidad moderna, en la cual es un principio universalmente aceptado que el delito es el que infama y no la pena.

Posteriormente la ley de garantías individuales de 25 de septiembre de 1884, modificando en parte las disposiciones del artículo 37 del Código Penal, enumeró en su artículo 23 los delitos en que puede concederse al reo la excarcelación bajo de fianza. Dice así:

"ART. 23. Se concederá la libertad provisoria, bajo de fianza, previa audiencia del ministerio público, al procesado por delito á que la ley no señala pena de muerte, presidio perpetuo, reclusión perpetua, presidio temporal en cualquiera de sus grados ó reclusión mayor, si, apreciado el caso y todas sus circuns-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tancias, no se estimare necesaria la prisión para la comparecencia del procesado á todos los actos del juicio y el cumplimiento de la sentencia que se pronunciare.

"Se aplicará esta disposición aún en los casos en que la ley señala pena de presidio menor, cuando esta pena, según la misma ley, es alternativa de la de reclusión ó de la de relegación."

El sentido en que haya de tomarse la segunda parte de este artículo es lo que divide las opiniones de nuestros jurisconsultos. Creen algunos, y nosotros con ellos, que las palabras *esta disposición* se refieren á la regla general consignada en el inciso 1.º, de que debe concederse la libertad provisoria bajo de fianza á todos aquellos que no estén procesados por los delitos que enumera; otros son de parecer que esas palabras se refieren á la excepción que dicho inciso contiene. Y de conformidad con la primera interpretación se agrega que son excarcelables los delitos que el artículo 467 del Código Penal castiga, pues en ellos la pena de presidio es alternativa de la relegación.

Dice el artículo 467:

"El que defraudare á otro en la sustancia, cantidad ó calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, será penado:

"1.º Con presidio ó relegación menores en sus grados medio á máximo, si la defraudación excediere de quinientos pesos;

"2.º Con presidio ó relegación menores en sus grados medios, cuando excediere de cincuenta y no pasare de quinientos pesos.

"3.º Con presidio ó relegación menores en sus grados mínimos, si el valor de la defraudación no excediere de cincuenta pesos ni bajare de diez."

En el mismo caso se encuentran también los delitos á que se refieren los artículos 141, 150, 224, 227, 399, 401, 468, 469, 470, 471 y 473: en todos el presidio menor es equivalente á la reclusión ó relegación.

Ahora bien, veamos en qué sentido han sido aplicadas estas disposiciones por el primer tribunal de la República, por aquel cuyas resoluciones forman la jurisprudencia práctica que de preferencia se busca siempre entre los hombres del foro.

En 12 de abril de 1887, la Excelentísima Corte Suprema de-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

claró, en el caso de un individuo á quien se procesaba por estafa que excedía *de quinientos pesos*, que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la ley de Garantías Individuales, debía concedérsele la libertad provisoria que solicitaba; al paso que por resolución de 28 del pasado agosto, ese mismo tribunal declaró que un reo, á quien se acusaba de haber cometido una defraudación *de quince pesos* y contra el cual no militaba circunstancia alguna especial, no podía obtener esa libertad provisoria porque á virtud de lo dispuesto en el mismo artículo 23 de la ley de Garantías, el delito no era excarcelable.

Reproducimos en seguida ambas resoluciones.

"Santiago, 8 de noviembre de 1886.—Vistos: En conformidad á lo dispuesto en los artículos 23 y 27 de la ley de 25 de septiembre de 1884, se concede al reo J. D. O. su libertad provisoria bajo la fianza del señor S. G. G., cuya cuantía se fija en la suma de dos mil pesos. Habiéndose otorgado la concesión en escritura pública, suspéndase la orden de prisión expedida en contra de J. D. O., y comparezca éste á prestar su confesión dentro de tercero día. Agréguese el papel sellado correspondiente.—C. VARAS.—*Prado*, secretario.

"Santiago, 12 de abril de 1887.—Vistos: Se confirma el auto apelado de 8 de noviembre de 1886, corriente á fs. 34 vuelta, con costas del recurso. Esta resolución ha sido acordada contra el voto del señor presidente Covarrubias, quien ha opinado por que se revoque dicho auto y se lleve á efecto la orden de prisión contra el reo.

"Publíquese y devuélvanse.—COVARRUBIAS.—BERNALES.—BALLESTEROS".

El señor Covarrubias, disintiendo de la opinión sustentada por la mayoría del tribunal, creyó que debía revocarse el auto apelado y que el delito no era excarcelable por las razones consignadas en el siguiente

VOTO ESPECIAL

"En la causa seguida contra J. D. O. por estafa, el que suscribe ha opinado por que se revoque el auto apelado de 8 de noviembre de 1886, corriente á fs. 34 vuelta, que concede al reo la libertad provisoria bajo de fianza, y por que se lleve á efecto la orden de prisión expedida en su contra

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"El artículo 23 de la ley de 25 de septiembre de 1884 dispone que se concederá la libertad provisoria, bajo de fianza, al procesado por delito á que la ley no señale pena de presidio temporal en cualquiera de sus grados, si apreciado él y todas las circunstancias, no se estimare necesaria la prisión para la comparecencia del procesado á todos los trámites del juicio y el cumplimiento de la sentencia que se pronunciare.

"Según esta disposición, no puede concederse la excarcelación bajo de fianza, cuando la ley señala la pena de presidio temporal en cualquiera de sus grados al delito por el cual es procesado el reo.

"El inciso segundo del mismo artículo dice: "Esta disposición se apli-" cará aún en los casos en que la ley señale pena de presidio menor " cuando esta pena, según la misma ley, es alternativa de la reclusión ó " de la relegación." De manera que lo que debe investigarse en el presente caso, es si el delito por el que se procesa á O. tiene designado, por la ley, pena de presidio en cualquiera de sus grados, sea ó nó esta pena alternativa de la relegación ó reclusión.

"Se procesa á O. por estafa que excede de quinientos pesos, y los artículos 467 y 470 imponen la pena de presidio ó relegación menores en sus grados medios á máximos al que en perjuicio de otro se apropiare ó distrajere dinero, efectos ó cualquiera otra cosa mueble que hubiere recibido en depósito, comisión ó administración, ó por otro título que produjere obligación de entregarla ó devolverla, si la defraudación excede de quinientos pesos.

"La ley no autoriza al juez, consiguientemente, en el caso actual para conceder la excarcelación. La disposición de la ley es clara, y en conformidad á ella, este tribunal ha negado constantemente la excarcelación en casos análogos.—*Santiago, 12 de abril de 1887.*—COVARRUBIAS."

La segunda de las sentencias de que hemos hecho mérito y en la que el Tribunal resuelve la cuestión en sentido contrario, dice así:

"Valparaíso, 1.° de agosto de 1888.—Vistos y teniendo presente: que la pena que puede corresponder al delito imputado puede ser la de presidio, la cual no admite caución ni saneamiento, según la ley, se declara, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37, 467 y 473 del Código Penal, 137 de la Constitución del Estado y 23 de la ley de Garantías Individuales, que no há lugar al desencarcelamiento bajo de fianza pedido por el reo don A. M.—RODRÍGUEZ.—*Campillo Téllez.*"

"Santiago, 28 de agosto de 1888.—Vistos: se confirma el auto ape-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

lado del 1.º del presente mes, corriente á fs. 9 vuelta. Esta resolución ha sido acordada contra el voto del señor ministro Ballesteros, quien opinó por la revocación de dicho auto y por que se diera lugar á la excarcelación bajo fianza, solicitada. Publíquese y devuélvanse.—Covarrubias.—Cousiño.—Ballesteros.—Proveído por la Excma. Corte Suprema.—*Infante.*»

En contraposición al parecer del señor Covarrubias, que ya hemos transcrito, oponemos la palabra no menos autorizada del señor Ballesteros, quien sustenta la teoría contraria en el voto especial que expidió en la causa anterior y cuyo tenor es el siguiente:

«En la causa criminal seguida contra A. M. por defraudación de la suma de quince pesos, mediante el procedimiento de empeñar como si fuera de oro una moneda americana de plata, el Tribunal ha confirmado con fecha de hoy la resolución del juez *a quo*, que deniega la escarcelación bajo de fianza, contra el voto del infrascrito, que se funda en las siguientes consideraciones:

El delito que se trata está penado por el artículo 467 del Código Penal con presidio ó reclusión menor, de manera que en este caso la pena de presidio menor es alternativa de la de reclusión. La ley de 25 de septiembre de 1884 sobre Garantías Individuales, dispone lo siguiente en su artículo 23.

«Se concederá la libertad provisoria, bajo de fianza, previa audiencia » del ministerio público, al procesado por delito á que la ley no señala » pena de muerte, presidio perpetuo, reclusión perpetua, presidio tem- » poral en cualquiera de sus grados ó reclusión mayor, si apreciado el » caso y todas sus circunstancias, no se estimare necesaria la prisión » para la comparecencia del procesado á todos los actos del juicio y el » cumplimiento de la sentencia que se pronunciare. Se aplicará esta » disposición aún en los casos en que la ley señale la pena de presidio » menor, cuando esta pena, según la misma ley, es alternativa de la de » reclusión ó de la de relegación.»

«Como se ve, el primer inciso establece el principio general de que debe concederse á todo procesado la libertad bajo de fianza, previa audiencia del ministerio público y siempre que la prisión no se estimare necesaria para la comparecencia del reo á todos los actos del juicio y el cumplimiento de la sentencia que se pronunciare. El mismo inciso ha exceptuado de la regla general á los procesados por delitos á que la ley señala pena de muerte, presidio perpetuo, reclusión perpetua,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

presidio temporal en cualquiera de sus grados, ó reclusión mayor. Están expresados con tal claridad en este primer inciso el principio general y la excepción, que su aplicación no puede suscitar dudas de ningún género.

»De las 26 penas que enumera el artículo 21 del Código Penal, veinte caen bajo la prescripción de la regla general y sólo seis son comprendidas en la excepción. Así, pues, el procesado por delito que sea castigado con relegación ó confinamiento de cualquiera clase, puede ser excarcelado, como puede serlo el sindicado de un delito á que la ley aplique una simple inhabilitación ó reclusión menor. Mas no podría concederse la excarcelación de un individuo á quien se procese por delito que merezca presidio perpetuo, mayor ó menor, ó bien reclusión perpetua ó mayor, porque tales delitos, así como aquellos que la ley castiga con pena de muerte, son los expresamente exceptuados de la regla general. El Código Penal aplica, sin embargo, con alguna frecuencia á diversos delitos la pena de presidio menor alternativamente con las de reclusión, relegación ó extrañamiento. El delincuente que fuera juzgado por alguno de estos delitos ¿podría ser puesto en libertad bajo de fianza durante la instrucción del proceso? Si el artículo 23 de la ley de Garantías Individuales no contuviese sino el primer inciso, esta pregunta debería ser contestada negativamente. Dado que la ley no permitiese la excarcelación al procesado por delito que el Código castiga con presidio menor, es indudable que bastaría esa circunstancia para que el tribunal no tuviera facultad de conceder al reo la libertad provisoria. Nada importaría para el caso que la pena de presidio fuera alternativa con la de reclusión menor, así como nada importa para el mismo efecto que la pena de presidio sea alternativa ó acompañada con la de multa ó cualquiera clase de inhabilitación.

»La excepción del primer inciso del artículo 23 de la ley de Garantías Individuales aplicada con toda la latitud que permiten los términos en que está concebida, no sería perfectamente equitativa. La pena de reclusión es más suave que la de presidio, y por consiguiente, la impone el Código á delitos menos graves que aquéllos que castiga con esta última pena. Del mismo modo, el delito que es castigado solamente con la pena de presidio, reviste un carácter de mayor gravedad que otro para el cual la ley ha reservado al juez la facultad de penarlo discrecionalmente con presidio ó con reclusión. El Legislador, al dictar el citado artículo 23, creyó que debía prever este caso, y resolvió sustraerlo de entre los exceptuados en el primer inciso, sometiéndolo á la regla general consignada en esa disposición.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Tal es la razón por la cual se dictó el segundo inciso del artículo 23. En él se establece simplemente que en los casos en que la pena del delito sea la de presidio menor alternativa con la de reclusión menor, se aplique la disposición del inciso 1.°; pero, ¿cuál disposición? ¿La de la regla general que se refiere á todos los delitos ó la excepción que comprende únicamente á los penados con muerte, presidio perpetuo, reclusión perpetua, reclusión menor y presidio temporal en cualquiera de sus grados? Ni los términos en que está concebido el inciso, ni la razón que le dió origen, autorizan, á juicio del que suscribe, para creer que la frase *esta disposición* pueda referirse á la excepción y nó á la regla general establecida en el inciso 1.° Si se refiere á la excepción, se habría consignado en la ley una prescripción ociosa y que carecería de objeto, desde que ella estaría comprendida en el inciso 1.°, según el cual no debe concederse libertad provisoria al reo de presidio temporal en cualquiera de sus grados. Esta disposición debería aplicarse aún cuando la pena de presidio menor fuera alternativa de reclusión, porque no haciendo la ley distinción alguna, no le sería lícito al magistrado el hacerla. Por eso, antes de la vigencia de la ley de Garantías Individuales, y cuando regía á este respecto el artículo 37 del Código Penal, los tribunales no creyeron que debían conceder la libertad bajo de fianza á los procesados por delitos que merecieran penas de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en su grado máximo, por más que la ley permitiera al juez recorrer en la escala de las penas hasta una inferior á las señaladas en el artículo 37 como penas aflictivas. Así, por ejemplo, tratándose del delito de estafa, y excediendo la defraudación de 500 pesos, como la pena designada para ese delito en el número 1.° del artículo 467 del Código es la de relegación menor en grado medio á máximo, no se concedía al reo la excarcelación, porque la pena en su grado máximo era aflictiva, aún cuando no lo fuera en su grado medio.

"El infrascrito opina que, atendido el tenor literal de la disposición, no habría para qué ocurrir á las reglas legales de interpretación para darle su verdadero sentido. No obstante, cree que la historia fidedigna de la ley confirma su manera de pensar en esta cuestión, y aleja cualquiera duda que pudiera suscitarse acerca de la inteligencia del artículo 23 de la ley de Garantías Individuales.

"Esta ley fué redactada antes de ser dictado el Código Penal, por lo que muchas de sus disposiciones no guardaban armonía con las de este Código. El artículo 23 se hallaba en ese caso, y la comisión del Senado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que informó acerca de él propuso por esta razón que se sustituyera e artículo original por el siguiente:

"ART. 23. La libertad provisoria bajo de fianza se concederá aún " antes de haberse concluído el sumario y llevado á efecto el decreto " de prisión:

"1.° Á los procesados por crímenes ó delitos á que la ley no señala " pena de muerte, presidio ó reclusión;

"2.° Al procesado por simple delito que la ley sólo castiga con re- " clusión."

"Discutiéndose este artículo en la sesión de 22 de agosto de 1881, el senador don Antonio Varas propuso á su vez, en lugar del artículo redactado por la comisión, el mismo artículo 23 que rige en la actualidad, y fundó su indicación de esta manera:

"Agregaré solamente que para los fines del artículo he consultado " las diversas disposiciones del Código Penal sobre los diversos delitos, " y he considerado que, en general, la libertad personal sólo debería sa- " crificarse tratándose de delitos que la ley pena con muerte, con presi- " dio en cualquiera de sus grados, reclusión perpetua, reclusión mayor. " No he incluído la reclusión menor, porque ésta se aplica á muchos " delitos en que no hay necesidad de que el reo esté en la cárcel para " que la sentencia se cumpla.

"Establezco una excepción.

"Hay casos en que la ley señala la pena de presidio menor, pero la " equipara con la reclusión ó la relegación, dejando al juez que aplique " cualquiera de ellas según las circunstancias; yo he dicho: si la ley los " considera iguales, apliquemos esta circunstancia en favor de la liber- " tad, y no hagamos obligatoria la prisión cuando la ley supone que esos " delitos habrían quedado bien castigado con la reclusión menor ó con " relegación."

"Estas palabras manifiestan con toda claridad el propósito con que se dictó el inciso 2.° del artículo 23, y corroboran la inteligencia que el infrascrito ha dado á esa disposición, estimando que ella permite conceder la libertad bajo de fianza, al reo que, como en el caso presente, es perseguido por un delito á que la ley señala la pena de presidio menor, cuando esta pena, segun la misma ley, es alternativa de la de reclusión ó de la de relegación. —*Santiago, 28 de agosto de 1888.*—BALLESTEROS."

De lo expuesto resulta que el Excmo. Tribunal no ha establecido una jurisprudencia uniforme en esta delicada materia;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

falla en un sentido ó en otro, según quienes son los ministros que lo componen el día de la audiencia en que tiene lugar la vista de la causa. Hay, pues, entre sus miembros dos opiniones diversas y diametralmente opuestas que se apoyan en las mismas disposiciones legales, como se ve en los votos especiales que hemos transcrito.

Entretanto, los jueces del crimen no tienen una norma segura de conducta á que ajustar sus procedimientos; sus fallos son confirmados unas veces, y otras revocados.

Los abogados tampoco pueden partir de una base segura en la defensa de sus patrocinados, porque no pueden saber cuáles de los miembros del tribunal habrán de formarlo en la audiencia en que se haga relación del proceso.

Cuanto á las Cortes de Apelaciones que conocen en segunda instancia de causas criminales, las de Tacna y Concepción conceden excarcelación bajo de fianza en el caso de que nos ocupamos, y la de La Serena le ha negado lugar en varios procesos de que tenemos noticia; pero todas estas resoluciones han sido acordadas con los votos en contra de algunos de los miembros del respectivo Tribunal; lo que nos manifiesta que la práctica puede variar el día que la composición de esas Cortes se altere. Ante la Corte de Apelaciones de Talca, de reciente creación, no se ha presentado todavía, que nosotros sepamos, caso alguno en que esta cuestión se ventile.

No existiendo en el presente caso la interpretación doctrinal, se hace indispensable una interpretación auténtica de la ley, y como esta última está reservada al Legislador, se impone la necesidad imperiosa de presentar al Congreso algún proyecto sobre la materia.

Efectos de la fianza de cárcel segura

Hay delitos en cuyo esclarecimiento, atendidas su naturaleza y la calidad ó condición de las personas que en ellos intervienen, no se estima necesaria la prisión del procesado para su comparecencia á los actos del juicio y el cumplimiento de la sentencia que en él se pronunciare.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En tales casos se concede al reo la libertad provisoria bajo de fianza, previa audiencia del ministerio público.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la ley de Garantías Individuales, esta fianza tiene por objeto "asegurar la comparecencia del reo á todos los actos del juicio para que fuere citado y el cumplimiento de la sentencia que se pronunciare."

Para fijar su cuantía, el juez debe tomar en consideración la clase del delito imputado, la pena que la ley le señala y las circunstancias personales del procesado.

Efecto inmediato de esta obligación es el compromiso que el fiador contrae de presentar á su afianzado cada vez que para ello sea requerido por orden del juez que conoce de la causa. Si así no lo hiciera, se procederá conforme á lo ordenado por el artículo 26 de la ley tantas veces citada, de 25 de septiembre de 1884.

"ART. 26. Si el procesado puesto en libertad no compareciere á los actos del juicio para que fuere citado sin justificar imposibilidad, pero sin ausentarse del lugar, se aplicará al fisco *hasta la cuarta parte de la fianza*, y el procesado podrá ser nuevamente puesto en prisión si, atendidas las circunstancias del caso, el juez lo creyere necesario.

"Si se fugare ó se sustrajere al cumplimiento de la sentencia, *todo el monto de la fianza quedará aplicado al fisco.*

"Al procesado que se hubiere fugado y que fuere nuevamente aprehendido no podrá otorgarse después la libertad provisoria bajo de fianza."

La única sanción que es lícito emplear contra el fiador por la resistencia del procesado para comparecer á los actos del juicio es, pues, la aplicación que se hace al fisco del todo ó de una parte de la cantidad fijada por el juzgado para el monto de la fianza; jamás podrá compelérsele con apremio personal de ninguna especie, como alguna vez erróneamente se ha creído.

Tampoco es enteramente discrecional en el juez la facultad de fijar la cantidad que haya de aplicarse al fisco por la no presentación del reo; puede ser hasta la cuarta parte de la fianza cuando la rebeldía tiene lugar durante la tramitación del proceso; pero debe aplicarse forzosamente toda en el caso que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

aquel se fugare ó se sustrajere al cumplimiento de la sentencia definitiva.

Surge ahora la cuestión de saber si el fiador, al hacer responsable del cumplimiento de lo juzgado y sentenciado, contrae la obligación de pagar las costas en que el reo fuere condenado, ó por lo menos la de presentarlo á disposición del juez cuando para hacerlas efectivas se le exigiere.

La afirmativa parece para algunos evidente en cuanto á la segunda parte de esta proposición; no así en cuanto á la primera, dados los términos en que el artículo 24 del Código Penal está redactado: "Toda sentencia condenatoria en materia criminal *lleva envuelta* la obligación de pagar las costas, daños y perjuicios por parte de los autores, cómplices, encubridores y demás personas legalmente responsables".

Estas indemnizaciones, especialmente las costas, son inseparables de la sentencia condenatoria puesto, que van envueltas en ella; y si el fiador se constituye responsable del todo, que es la sentencia, parece indudable que debe responder también de cada una de las partes que ese todo concurren á formar. La fianza no queda extinguida, á nuestro juicio, mientras subsista la responsabilidad del afianzado, y la única manera como podría el fiador exonerarse de esa obligación sería poniéndolo á disposición del juez que conoce de la causa.

Por otra parte, las costas del proceso son estimadas por el juez que falla, sin necesidad de nuevo juicio; al paso que las otras indemnizaciones que constituyen la responsabilidad civil que la sentencia condenatoria acarrea al delincuente se diferencian sustancialmente de aquellas en que son estimadas por la justicia ordinaria mediante un juicio diferente.

No obstante, la cuestión ha sido resuelta en sentido contrario por la Excma. Corte Suprema en sentencia expedida en 19 del pasado octubre. En ella se declara extinguida la obligación del fiador por el hecho de haber sido el reo indultado de la pena de presidio que el Tribunal le impusiera, indulto que en manera alguna puede alcanzar jamás á las costas ni á las otras responsabilidades que la sentencia lleva consigo ó de que ella es origen.

He aquí la sentencia á que nos referimos:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Santiago, 19 de octubre de 1888.—Vistos y considerando:

. . . . . .

"2.° Que la fianza de cárcel segura no tiene otro objeto que asegurar la comparecencia del reo á todos los actos del juicio para que fuere citado y al cumplimiento de la sentencia que se pronunciare;

"3.° Que pronunciada sentencia de término en el presente juicio, la reo ha sido indultada de la pena corporal que se le impuso, y por consiguiente, no es necesaria ya la comparecencia de la procesada para el cumplimiento de esa pena;

"4.° Que los incidentes suscitados en este juicio después del pronunciamiento de la sentencia de término y del indulto concedido á la reo, versan solamente acerca de la indemnización de perjuicios y pago de costas que la querellante pretende deducir de los mil pesos á que asciende el monto de la fianza;

"5.° Que no extendiéndose la fianza á la responsabilidad civil que de toda sentencia condenatoria resulta contra un reo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 2,314 del Código Civil y 24 del Penal, el fiador no está obligado á presentar á su afianzado á aquellos actos del juicio que tienen por objeto simplemente perseguir esa responsabilidad, sin que en ningún caso haya de invertirse el valor de la fianza en el resarcimiento de perjuicios ó pago de costas, puesto que la ley dispone que sea aplicada al fisco la cuarta parte ó la totalidad de ella, según los casos en que sea preciso hacerla efectiva.

"Visto lo dispuesto en los artículos 25 y 26 de la ley de 25 de septiembre de 1884, se declara extinguida la obligación contraída por el fiador don..... en el acta de fs. 46 vuelta y se revoca el auto apelado de 21 de agosto último, corriente á fs. 106 vta.

"Esta sentencia ha sido acordada contra el voto del señor ministro Covarrubias, que opinó por la confirmación del auto apelado, declarándose que la obligación del fiador termina presentando á su afianzado á disposición del juzgado, á virtud de las razones que consigna en el libro respectivo. Publíquese y devuélvanse. Agréguese é inutilícese el papel sellado correspondiente.—Bernales.—Covarrubias.—Ballesteros.—Proveído por la Excma. Corte Suprema, *Infante*."

Habiendo sido el reo condenado á 541 días de presidio y á pagar al querellante las costas, daños y perjuicios, el señor Covarrubias, en luminoso voto especial que el libro de acuerdos registra, cree que aunque el Consejo de Estado haya indultado la pena de presidio, el reo no ha cumplido hasta ahora en lo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

restante la que le fué impuesta por la sentencia de término, y que, en consecuencia, subsiste aún la obligación que el fiador contrajo de presentarlo para que la cumpla.

Respetamos mucho, y por nuestra profesión nos hallamos en el deber de acatar los fallos de la Excma. Corte; pero no por eso podremos excusarnos de reconocer que la interpretación que en el presente caso ha dado á la ley la minoría del Tribunal es la que garantiza mejor la seriedad de los procedimientos judiciales y tiende á precaver los frecuentes abusos que en la materia que hemos tratado se cometen.

AGUSTÍN CORREA BRAVO

Marzo de 1886.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—1. Código de Minería de la República de Chile, *promulgado* (quiere decir *publicado*) *el 20 de diciembre de 1880* (quiere decir *1888*), *para que rija desde el 1.° de enero de 1889, comentado y anotado* por don Robustiano Vera; un volumen de 218 páginas, Imprenta de «Los Debates», Santiago. Obra dedicada al Ministro de Justicia, señor Bañados Espinosa, precedida de una noticia sobre los antecedentes de la reforma y llena de explicaciones y datos útiles para la inteligencia y alcance de esta importante ley.—2. Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, *arreglada y anotada* por don Robustiano Vera, un opúsculo de 160 páginas, Imprenta de «Los Debates», Santiago. Contiene las leyes que han modificado este Código, principalmente las de 26 de septiembre de 1877, 31 de agosto de 1880, 16 de septiembre de 1884 y 19 de enero de 1889. Felicitamos al señor Vera por sus publicaciones, verdaderamente interesantes y de reconocida importancia.—3. El nuevo Código de Minería de la República de Chile, *explicado* por don José Ravest, un volumen de 144 páginas, Imprenta Gutemberg, Santiago. Precediéndolas de una interesante *Advertencia*, el señor Ravest explica los ciento sesenta y seis artículos que contiene el actual Código de Minería. Abogado erudito é ilustrado en materias mineras, el señor Ravest revela en sus comentarios un criterio y versación dignas de ser atendidas por los que estudian la legislación minera. Recomendando su trabajo, aplaudimos de corazón la dedicación que el señor Ravest está consagrando en numerosas publicaciones al estudio, ilustración y crítica de la legislación patria. Nuestros vivos deseos porque no desmaye en sus nobles tareas.—4. Observaciones al «Estudio de los principios del Derecho» del señor Courcelle Seneuil, artículos publicados en *El Estandarte Católico*; un opúsculo de 84 páginas, Imprenta de «El Estandarte Católico», Santiago.—5. Programa y documentos de la Convención Radical de 1888, un opúsculo de 67 páginas, Imprenta de «La Libertad Electoral», Santiago.—6. Partido Radical. La Junta Central á las Asambleas y correligionarios *1.° de febrero de 1889*. Un opúsculo de 9 páginas, Imprenta de «La Libertad Electoral», Santiago.

La Dirección

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO IV Santiago, 1.° de mayo de 1889 NUM. 12

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Límites del Poder Judicial, estudio sobre el artículo 4.° de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (conclusión), por don Manuel E. Ballesteros.—Interpretacion del artículo 1609 del Código Civil, comprobada por sus fuentes y por la jurisprudencia de los Tribunales superiores de la República, por don Bernardino A. Vila.—Las reglas generales del libro primero del Código Penal y especialmente las de los artículos 10, 11, 12 y 13, son aplicables a los cuasi-delitos? por don Alejandro Fuenzalida.—El fuero de los miembros del Congreso en los juicios sobre abusos de la libertad de imprenta, por don Agustín Correa Bravo.—En el caso de impedimento accidental de un defensor público ¿quién es llamado á reemplazarlo? por don Pedro César Lopez.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil, por don Agustín Bravo Cisternas. —Juicio de nulidad de un matrimonio civil.—Juicio Cortés-Ovalle, por La Redacción.—Revista bibliográfica, por La Dirección.—Sumario general del tomo cuarto.—Erratas notables.—Cuadro de los colaboradores del tomo cuarto.

LÍMITES DEL PODER JUDICIAL

Estudio sobre el artículo 4.° de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales

(Conclusión)

El Consejo de Estado declaró que el conocimiento del negocio correspondía á la justicia ordinaria: "1.° Por tratarse de una cuestión sobre propiedad de bienes de que nadie puede ser privado sin sentencia judicial; 2.° Que si hay razón para creer que el ejercicio de las acciones posesorias no es siempre un medio correcto para atacar los actos de un poder público, corresponde apreciar la procedencia de esas acciones al mismo tribunal llamado á fallar sobre el fondo de la cuestión promovida" (*Diario Oficial* de 1887, pág. 2197).

7.ª Autorizado un individuo por el Gobernador para componer un camino y extraer unas piedras que en él había, una persona, diciéndose dueña de las piedras, entabló demanda: 1.°, para que se le pagase el valor de las extraídas, y 2.°, para sacar las que quedaban. Formada la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

competencia, el Consejo de Estado la dirimió declarando que la resolución del primer punto correspondía á la justicia ordinaria, y á la autoridad administrativa la del segundo. (*Diario Oficial* de 1887, página 2198).

IV.—Demandas sobre perjuicios causados por actos de las autoridades administrativas

1.ª En una demanda entablada contra el intendente de Concepción sobre cobro de perjuicios causados por ciertas obras mandadas ejecutar por aquel funcionario, la Corte de Concepción se declaró competente; pero el Intendente formó contienda de competencia, que pasó al conocimiento del Consejo de Estado. En la sesión de 22 de abril de 1880 se presentaron dos proyectos de sentencia, en el primero de los cuales se declaraba que correspondía á la justicia ordinaria el conocimiento del negocio, y en el segundo se sostenía la incompetencia de la misma fundándose en que resolver la cuestión de perjuicios equivalía á fallar si el intendente había ó nó cometido un delito ó casi-delito, para lo cual era menester la declaración previa ordenada por el artículo 104 (hoy 95) de la Constitución.

Estos proyectos de sentencia fueron publicados en el *Diario Oficial* de 1880, página 557; pero no consta que fuera adoptado ninguno de ellos.

2.º En una querella de amparo entablada contra el intendente de Santiago por haberse construído por orden de ese funcionario y contra la voluntad del querellante, una pirca en terrenos de éste, el intendente formó competencia al tribunal, alegando que las obras que habían dado motivo á la querella habían sido ejecutadas en la caja del río para mantener la demarcación de las aguas. El Consejo de Estado, considerando que la querella versaba sobre obras que se decían ejecutadas dentro de un fundo de propiedad particular del querellante, declaró que el conocimiento del juicio correspondía á la justicia ordinaria. (*Diario Oficial* de 1880, pág. 7.)

3.º En una demanda deducida contra la Municipalidad de Santiago ó, en subsidio, contra el direcror de Obras Públicas, para que se mandase rehacer parte del empredado de una calle, abonándose daños y perjuicios, se formó competencia por la parte demandada, y el Consejo de Estado declaró que correspondía á la justicia ordinaria el conocimiento del negocio, por tratarse del ejercicio de una acción civil. (*Diario Oficial* de 1880, pág 7.)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

4.° Un subdelegado fijó la línea para la construcción de un edificio internándola tres varas desde la calle pública, por lo que los dueños se querellaron ante el juez. Habiendo el gobernador formado competencia, el Consejo de Estado, teniendo presente que el subdelegado había obrado en cumplimiento de intrucciones del gobernador, y que según la ley de 10 de enero de 1844, vigente en aquella época, al gobernador corresponde resolver lo conveniente acerca de las órdenes que dicre el subdelegado excediendo sus atribuciones, declaró que ese funcionario era competente para conocer en la queja instaurada contra el subdelegado, en cuanto afectaba á los querellantes. (*Diario Oficial* de 1884, pág. 1959).

V.—Delitos cometidos por funcionarios administrativos en el ejercicio de sus funciones.

1.ª En una querella establada contra un subdelegado, á quien se imputaba haber cometido los delitos previstos por los artículos 228 y 255 del Código Penal, el gobernador formó competencia al juez, sosteniendo que la querella debía deducirse ante él conforme al artículo 160 de la antigua ley del Régimen Interior. El Consejo de Estado, considerando que se acusaba al subdelegado de delitos castigados por el Código Penal, de cuyo juzgamiento sólo los tribunales pueden conocer, y que, si bien el artículo 160 de la antigua ley del Régimen Interior permitía llevar ante el gobernador las quejas contra el subdelegado á fin de que revocara, modificara ó corrigiera disciplinariamente lo hecho por éste, no por eso lo autorizaba para conocer de los delitos de que fuese acusado el subdelegado, pues el artículo 128 de la misma ley ordenaba para este caso la formación de la correspondiente causa, declaró que el conocimiento de la querella correspondía al juez de letras.—(*Diario Oficial* de 1877, pág. 2236.)

2.ª De un modo análogo, y ampliando los fundamentos de su sentencia, resolvió el Consejo de Estado otra competencia suscitada por el intendente al juez letrado de Curicó, con motivo de una querella entablada contra un subdelegado y un inspector á quienes se imputaba haber cometido los delitos definidos por los artículos 154 y 157 del Código Penal. Dos consejeros, los señores Concha y Salamanca, opinaron, sin embargo, por la competencia administrativa, teniendo presente la necesidad primordial de mantener la obediencia de los funcionarios subalternos; el peligro de subordinar á su criterio la ejecución de providencias superiores, y sobre todo, en el caso de que se trataba,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la circunstancia de haber procedido los funcionarios inculpados en virtud de órdenes de la intendencia, por cuyo cumplimiento no incurrían en responsabilidad. (*Diario Oficial* de 1877, pág. 2378.)

3.ª Igual resolución á las anteriores dictó el Consejo de Estado en otra contienda de competencia suscitada por el Intendente de Curicó al juez de letras, por el conocimiento de una causa iniciada contra un inspector á quien se acusaba de haber cometido los delitos castigados en el párrafo 4.°, título 3.°, Libro II del Código Penal. (*Diario Oficial* de 1882, pág. 2091.)

4.ª Procesado un subdelegado por el delito de lesiones, el Gobernador formó competencia al juez de letras alegando que las heridas fueron causadas por el subdelegado en el ejercicio de sus funciones. El Consejo de Estado declaró que, no habiendo resultado las lesiones de actos ejecutados por el subdelegado en ejercicio de sus funciones, y tratándose de un delito clasificado por el Código Penal, correspondía á la justicia ordinaria conocer en la causa promovida á ese funcionario. (*Diario Oficial* de 1886, pág. 832.)

5.ª En el mismo sentido resolvió el Consejo de Estado otra contienda formada por el Gobernador de Quillota al juez letrado del mismo departamento, para conocer en una querella interpuesta contra un subdelegado por violación de domicilio, usurpación de atribuciones, usurpación de propiedad y exacción de contribución ilegal. El Gobernador, en este caso, hacía notar que el querellante había reconocido su jurisdicción por el hecho de haber ocurrido ante él con la misma queja. (*Diario Oficial* de 1887, pág. 2637.)

VI.—Causas contra individuos de la policía de seguridad

1.ª En una querella criminal contra un comandante de policía, el intendente de Curicó formó competencia al juez de letras sosteniendo que, en virtud del decreto de 17 de febrero de 1838, no podía procederse contra aquel empleado sin que él calificase previamente los actos punibles para castigarlos disciplinariamente y por sí, ó remitir el negocio á la justicia ordinaria según la naturaleza y gravedad del hecho. El Consejo de Estado, considerando que los actos imputados al comandante de policía eran de los que el Código Penal califica de delitos y castiga en sus artículos 149, 150, 193, 255 y 256, declaró que correspondía conocer de la causa al juez letrado de Curicó. (*Diario Oficial* de 1886, pág. 790.)

2.ª En una causa criminal seguida en Linares á un subteniente de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

policía, promovida competencia por el intendente al juez de letras, el Consejo de Estado declaró que correspondía al último el conocimiento del negocio: 1.°, porque el decreto de 17 de febrero de 1838 había sido dictado cuando aún no existía clasificación legal de lo que era delito y de lo que sólo podía estimarse como simple falta del servicio; 2.°, porque los hechos de que se acusaba al subteniente de policía estaban calificados como delitos por el Código Penal; y 3.°, porque, dada esta calificación, no había mérito para someter al Intendente la apreciación legal de aquellos hechos. (*Diario Oficial* de 1886, página 882.)

3.ª Igual resolución dictó el Consejo de Estado en dos casos análogos, tratándose de una incidencia suscitada por un intendente y un gobernador que pretendían calificar previamente el delito de que se acusaba al empleado de la policía, que era el de detención arbitraria. (*Diario Oficial* de 1879, pág. 258.)

4.ª Pueden verse también las dos sentencias dictadas en idéntico sentido por el Consejo de Estado en competencias suscitadas por el gobernador de Cañete al juez letrado del departamento. (*Diario Oficial* de 1888, pág. 1219.)

VII.—Cuestiones sobre intervención en las cárceles

1.ª Un juez de letras ordenó cumplir el reglamento de la cárcel aprobado por decreto supremo, á lo que se opuso el gobernador mandando que se observaran las reglas que él había establecido. El Consejo de Estado, considerando que la vigilancia y administración de las cárceles han sido encargadas por la ley á la Municipalidad respectiva, declaró que el juez letrado no había tenido facultad para prescribir la observancia de los reglamentos de la cárcel, y que esas facultades corresponden á la Municipalidad y al Gobernador respectivamente. (*Diario Oficial* de 1880, pág. 499.)

2.ª El gobernador de Constitución hacía salir á los trabajos públicos que se efectuaban fuera de la cárcel á dos reos que, aunque rematados, eran procesados nuevamente por delitos cometidos durante su condena. El juez letrado reclamó para que se pusiesen dichos reos bajo su jurisdicción y, habiéndose negado á ello el gobernador, quedó formada la competencia. El Consejo de Estado la dirimió á favor del juez, por cuanto mientras se procesa á un reo rematado, por un nuevo delito, prevalece en el reo el carácter de procesado, según lo dispuesto en los artículos 91 y 74 del Código Penal, y porque el artículo 50 de la ley

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de 15 de octubre de 1875 establece de una manera inequívoca la jurisdicción exclusiva de los jueces de letras sobre los reos procesados (*Diario Oficial* de 1887, pág. 2260.)

3.ª Varios reos de la cárcel de Constitución se querellaron criminalmente por haber sido vejados y azotados por orden del gobernador. Éste formó contienda de competencia al juez de letras, manifestando que había impuesto esos castigos como medida disciplinaria porque los reos intentaban una sublevación para evadirse. El Consejo de Estado, considerando que el proceso iniciado era de la competencia de la justicia ordinaria, conforme al artículo 108 (actualmente 99) de la Constitución, y que, si la autoridad administrativa tiene facultades para mantener el orden y la disciplina en las cárceles y para emplear con ese objeto todos los medios de represión que las circunstancias hagan necesarios, esta facultad no la autoriza para imponer y hacer ejecutar penas especiales, como castigo de las faltas ó delitos cometidos por los reos, declaró que el conocimiento del negocio correspondía á los Tribunales de Justicia. (*Diario Oficial* de 1887, pág. 2360.)

VIII.—Diversas cuestiones de orden civil.

1.ª Habiéndose iniciado las gestiones para la expropiación de un terreno con el objeto de extraer de él materiales para la construcción de un ferrocarril, el propietario ocurrió á la justicia ordinaria en demanda de protección; pero el intendente respectivo sostuvo su competencia fundándose en lo dispuesto por los artículos 1.º y 2.º de la ley general sobre expropiación de 18 de junio de 1875.

El Consejo de Estado, considerando: 1.º, que la declaración de utilidad pública contenida en el artículo 3.º de la ley que autorizó la construcción del ferrocarril de Angol á Curicó, comprende todos los terrenos que deban servir para la construcción de la citada línea prescribiendo textualmente que la expropiación se haga en conformidad á la ley de 18 de junio de 1857, y que el ingeniero había calificado de indispensables los terrenos que se trataba de expropiar; 2.º, que la Ley de 15 de octubre de 1875, no siendo de procedimiento, no ha podido alterar el especial establecido en la de 1857; y 3.º, que la tramitación prescrita en esta última, deja á los particulares su derecho á salvo para ocurrir á la justicia ordinaria, llenado el trámite previo del nombramiento de peritos y de tasación, de modo que el intendente no ejerce funciones judiciales ni resuelve acerca del derecho de propiedad, y que, en consecuencia, la gestión promovida por el representante de la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

empresa del ferrocarril, no es una causa ó controversia judicial, declaró que el intendente era competente para llevar adelante los trámites relativos á la expropiación del terreno. (*Diario Oficial* de 1878, página 19.)

2.ª Mandada cerrar una recova por orden de la Municipalidad, el perjudicado ocurrió á la justicia ordinaria; pero el intendente y la Municipalidad formaron competencia, que el Consejo de Estado resolvió, por cuatro votos contra tres, en favor de la justicia ordinaria, porque el asunto había llegado á hacerse contencioso. (*Diario Oficial* de 1880, página 873.)

3.ª La empresa del Ferrocarril Urbano de Santiago demandó al intendente de la provincia para que se declarase que, en virtud del contrato que tenía celebrado con la Municipalidad, no estaba obligada á hacer en una de sus líneas ciertas modificaciones ordenadas por el intendente. Admitida la demanda, este funcionario formó competencia á la autoridad judicial, manifestando que había procedido promoviendo un interés público de su competencia, y nó como representante de la autoridad. El Consejo de Estado declaró que la demanda entablada era de la competencia de la justicia ordinaria. (*Diario Oficial* de 1880, pág. 616.)

4.ª Habiendo el intendente de Santiago ordenado la traba de embargo para hacer efectivo á un vecino el pago de la contribución de serenos y alumbrado, ocurrió éste á la justicia ordinaria, que formó competencia al intendente para conocer de ese negocio. El Consejo de Estado resolvió que el juez letrado era el competente, porque trayendo su origen la resistencia al pago de la contribución del hecho de no habitar el reclamante las propiedades gravadas, la responsabilidad de éste nacía de una convención ó de obligaciones que podía haber contraído ó que podían afectarle subsidiariamente, y la facultad de resolver esta clase de cuestiones corresponde á la justicia ordinaria. (*Diario Oficial* de 1883, pág. 1013.)

5.ª En una demanda sobre perjuicios entablada contra el superintendente de aduanas con motivo de una orden dada por éste por la cual prohibía á un agente de aduana que pudiera despachar en la de Valparaíso, aquel funcionario formó contienda de competencia al juez letrado de comercio. El Consejo de Estado, por cinco votos contra uno, declaró que el juez no era competente para conocer de la demanda, y se fundó: 1.º, en que la superintendencia de aduanas está regida por una ley especial, conforme á la cual ejerce funciones administrativas y económicas que le dan el carácter de autoridad pública

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

constituída, pudiendo imponer penas; 2.°, en que el superintendente había hecho uso de esa facultad en el caso de que se trataba; 3.°, en que no sería lógico suponer que la ley que atribuye á un funcionario administrativo la facultad de obrar en ciertos casos discrecionalmente y según su criterio, sin subordinar su acción á reglas ni procedimientos especiales, hubiera querido limitar esa misma facultad sometiendo los actos que de ella emanan á la calificación de la justicia ordinaria, la cual no podría apreciarlos sino con arreglo á las prescripciones estrictas del Derecho; y 4.°, en que la resolución de la demanda interpuesta llevaría envuelta la calificación previa, que debería hacer el juzgado del acto del superintendente que le dió origen, calificación que, como se ha dicho, no puede corresponderle. (*Diario Oficial* de 1886, pág. 310.)

6.° Un párroco se querelló de despojo contra un subdelegado que violentamente abrió la puerta de un cementerio para enterrar el cadáver de un párvulo. Admitida la querella, el intendente de la provincia formó competencia al juez letrado sosteniendo que á él correspondía oír la querella contra el subdelegado. El Consejo de Estado, estimando que no existía despojo, desde que el subdelegado había tomado la medida de enterrar el cadáver únicamente en interés de la salubridad pública, y que si se había excedido en sus atribuciones, al intendente correspondía oír la queja, conforme al artículo 160 de la ley del Régimen Interior vigente en aquella fecha, declaró que había lugar á la competencia interpuesta por el intendente y que á él tocaba conocer en el negocio. (*Diario Oficial* de 1886, pág. 1375).

7.ª Por no haber cumplido las condiciones impuestas en el contrato, el gobernador de Angol ordenó que se tomara posesión á nombre del fisco de las hijuelas adjudicadas á varios colonos. Éstos se querellaron de despojo, y sosteniendo el gobernador que había procedido en la órbita de sus atribuciones, quedó formada la competencia. El Consejo de Estado, considerando que entre el fisco y los colonos existía un contrato que no podía ser invalidado sino por mutuo consentimiento ó por causas legales, cuya calificación correspondía á la justicia ordinaria, declaró que ésta era competente para conocer en el juicio iniciado. (*Diario Oficial* de 1887, pág. 2130).

8.ª Habiendo una Municipalidad dado en arrendamiento ciertos terrenos de su pertenencia, un tercero que decía haber comprado esos mismos terrenos se querelló ante el juez letrado. El intendente, á nombre de la Municipalidad, sostuvo que, tratándose de arriendos hechos por la Municipalidad, todas las cuestiones sobre deslindes y posesión de los terrenos arrendados, debían ser resueltas por ella. For-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mó, por lo tanto, contienda de competencia al juez letrado. El Consejo de Estado declaró que el conocimiento del negocio competía á este último magistrado, porque se trataba de un verdadero litigio sobre mejor derecho á los terrenos que cada uno de los interesados decía estar comprendido en su respectivo contrato. *(Diario Oficial* de 1887, página 2137).

9.ª Un subdelegado impuso una multa á un vecino por no haber cumplido la orden que le dió, de componer un camino que se había deteriorado con los derrames del fundo de dicho vecino. Este reclamó ante el alcalde que desempeñaba el juzgado, y obtuvo de él una resolución por la cual se ordenaba la devolución de la multa y se condenaba en costas al subdelegado. El Consejo de Estado, considerando: 1.°, que los alcaldes que desempeñan funciones judiciales en los departamentos en que no hay juez de letras no tienen la plenitud de la jurisdicción que las leyes confieren á estos funcionarios, puesto que no pueden fallar las causas definitivamente; 2.°, que, por consiguiente, no pudo el alcalde fallar la cuestión de que se trata; y 3.°, que las contiendas de competencia de funcionarios del orden administrativo con funcionarios del orden judicial afectan no sólo los intereses privados, sino directamente las facultades de los poderes constitucionales, y, por lo tanto, el orden público, declaró que debían volver los autos al juez letrado que se acababa de nombrar para aquel departamento, á fin de que se pronunciara sobre la contienda de competencia deducida por el gobernador. *(Diario Oficial* de 1887, pág. 2370).

10. Ante la autoridad judicial constituída provisoriamente en Tarapacá durante la ocupación militar de ese territorio, se dedujo demanda en contra de un funcionario administrativo que había ordenado arrojar al mar una cantidad de carne por creerla en estado nocivo. Formada con este motivo competencia por el jefe político de la localidad, el Consejo de Estado declaró que no le correspondía pronunciarse sobre ella, por tratarse de actos ejecutados fuera del territorio nacional, en lugar ocupado militarmente y sometido á la ley marcial. *(Diario Oficial* de 1887, pág. 2360.)

IX.—Competencias sobre negocios militares

1.ª Varios jefes militares interpusieron recurso de nulidad de una resolución del general en jefe del ejército del Perú, por la cual asumiendo las funciones de Corte Marcial aprobaba una sentencia pronunciada contra aquéllos por el Consejo de Guerra de Oficiales Ge-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nerales. Habiéndose declarado competente la Corte Suprema para conocer de este rceurso, el general en jefe le formó contienda de competencia, sosteniendo que había procedido administrativamente. El Consejo de Estado, por cuatro votos contra dos, declaró que á la Corte Suprema correspondía conocer del recurso interpuesto; entre otras razones, porque, llamado el Consejo por la Constitución á dirimir competencias entre las autoridades administrativas y las judiciales, se supone que cada una de ellas pretende conocer del mismo negocio, y el general en jefe no podía pretender conocer del recurso de nulidad entablado, ni como autoridad administrativa, ni como autoridad judicial. Nó en el primer carácter, porque es incompatible con esa autoridad la facultad de conocer del recurso de nulidad interpuesto contra una sentencia, y del juzgamiento de un delito y aplicación de la pena; ni tampoco en el segundo, porque, bajo este aspecto, sería autoridad judicial subalterna de la Corte Suprema, y no podía disputarle el conocimiento de un negocio de que ella estuviere conociendo ó pretendiere conocer. Agregaba, además, que la falta de jurisdicción de la Corte Suprema para conocer de actos del general en jefe que se habían verificado en territorio peruano, no tenía lugar en ese caso, por tratarse de un juicio seguido contra chilenos pertenecientes al ejército de la República, en que se habían guardado las formas prescritas por la ley chilena, y se había juzgado por tribunales organizados conforme á la misma ley, á virtud del principio de Derecho Internacional generalmente reconocido, según el cual el ejército de un país que ocupa un territorio extranjero es regido por la ley patria, y los individuos que á él pertenecen gozan de los mismos derechos y garantías que si estuvieran en el territorio de su país. (*Diario Oficial* de 1883, página 1045.)

2ª. En un caso semejante al anterior, en que el general en jefe formó competencia á la Corte Marcial de Santiago, el Consejo de Estado declaró que á esta Corte correspondía rever el fallo pronunciado en Lima por el Consejo de Oficiales Generales, conforme á los artículos 25 del título 77, y 6.º del 79 de la Ordenanza General del Ejército y lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley Orgánica de los Tribunales. (*Diario Oficial* de 1884, pág. 246.)

3.ª En una contienda de competencia entre un comandante general de armas y el general en jefe del ejército de la frontera, sobre á cuál de ellos correspondía la instrucción de un juicio militar, el Consejo de Estado se declaró incompetente para resolver, por estar indicada en el artículo 255 de la Ley Orgánica de los Tribunales la auto-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ridad judicial llamada á fallar la competencia. (*Diario Oficial* de 1884, página 749).

4.ª Habiéndose querellado un individuo de un cuerpo cívico por el arresto que le había impuesto el comandante del cuerpo, el juez letrado comenzó á conocer de la querella; pero el comandante general de armas le formó competencia por tratarse, en su concepto, de un asunto meramente administrativo. El Consejo de Estado, teniendo presente que tanto los comandantes de cuerpo como los comandantes de armas cuando se pronuncian sobre enrolamientos objetados de ilegales no castigan un delito ni deciden contienda entre partes sino que obran como autoridad administrativa, encargada de aplicar la ley á la organización de los cuerpos cívicos, haciendo efectiva con arreglo á las disposiciones vigentes la obligación del servicio de armas, y que en consecuencia, la contienda de que se trataba se había trabado entre una autoridad militar administrativa y el juez de letras, y competía al Consejo resolver sobre ella, en conformidad al artículo 104 (hoy 95) de la Constitución, declaró que había lugar á la competencia entablada por la Comandancia de Armas, á la cual correspondía conocer y resolver sobre la queja interpuesta. (*Diario Oficial* de 1885, pág. 124.)

9.°

JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.—El artículo 4.° en que nos ocupamos ha tenido importantes aplicaciones prácticas, y vamos á hacer mención de las principales.

I. En un juicio seguido en La Serena por un vecino, que pretendía derecho para entrar en la casa contigua á la suya con el fin de inspeccionar y hacer limpiar la acequia de agua corriente que atravesaba ambos predios urbanos, la Corte de Apelaciones declaró nula la resolución judicial que daba lugar á estas peticiones, fundándose: 1.°, en que se trataba de la limpia de una acequia de la ciudad, lo cual es materia de policía administrativa; 2.°, en que, según lo dispuesto por los artículos 25, número 2.°, 27, número 3.° y 7.° de la ley orgánica de las Municipalidades de 8 de noviembre de 1854, la policía administrativa local y el régimen de las aguas de ciudad son atribuciones de esas corporaciones; y 3.°, en que, según el artículo 4.° de la Ley de 15 de octubre de 1875, es prohibido al Poder judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos. (*Gaceta* del año 1881, sentencia 1131.)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

II. En una querella entablada contra la Municipalidad de Santiago por el propietario de una casa en que existía una recova, para que se le amparase en el derecho de continuar en el uso y empleo á que tenía destinada esa casa, pedía el querellante que se declarase ilegal y sin efecto retroactivo un acuerdo y ordenanza municipal que mandaba cerrar su recova, privándolo así del ejercicio de una industria lejítima de que estaba en posesión.

La Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago declaró, con fecha 17 de abril de 1882, que la justicia ordinaria no era competente para resolver sobre esta petición, ya porque no confiere esta atribución á los tribunales la Ley de 15 de octubre de 1875 que determina su organización y atribuciones, ya porque la ley de 8 de noviembre de 1854 señalaba la autoridad ante quien debe reclamarse contra los acuerdos ó resoluciones de las Municipalidades dictados en los negocios que no eran de su competencia ó en que se hubieran excedido de sus atribuciones ó en que se contrariase una ley ó disposición dictada por autoridad competente; ya, finalmente, por ser prohibido al Poder judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos. (*Gaceta* del año 1882, sentencia 601.)

III. La Municipalidad del departamento de la Victoria enajenó una parte de la calle denominada de Pérez de la ciudad de San Bernardo. Un vecino, haciendo uso de la acción popular concedida por el artículo 948 del Código Civil, se querelló de despojo contra el comprador, y obtuvo un auto restitutorio del uso de dicha calle; pero el querellado dedujo acción ordinaria para que se dejase sin efecto aquel auto y se le pagasen costas y perjuicios. Este juicio fué fallado por el juez letrado, declarando sin lugar la demanda entablada, y en la misma forma fué confirmada la sentencia por la Primera Sala de la Corte de Santiago, contra el voto del señor Barceló, que opinó que, por haber procedido la Municipalidad á vender el terreno de la calle, en uso de una atribución que creía corresponderle, el Poder judicial no podía dejar sin efecto el contrato emanado de ese acto, sin mezclarse en las atribuciones del Poder municipal.

La aplicación que dió en este caso la mayoría del Tribunal al artículo 4.º de ley, nos parece perfectamente correcta. No se trataba ciertamente de tomar una ingerencia indebida en atribuciones de otros poderes públicos, sino de proteger los derechos de un particular lastimados por un acto que una autoridad administrativa había llevado á efecto, no en virtud de sus atribuciones, sino con abierta violación del artículo 64 de la ley de Organización y Atribuciones de Municipali-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dades, que prohibía á estas corporaciones la enajenación de los bienes destinados al uso público y común de los habitantes, como plazas, calles y paseos, á menos que intervenga autorización del Presidente de la República y que se trate de «regularizar las poblaciones ó proporcionarse al incremento ó nuevas necesidades de las mismas.»

Debe, además, tenerse presente que el Código Civil, como ley posterior debía prevalecer sobre las disposiciones de la de Municipalidades, y que, declarados por el artículo 589 bienes nacionales de uso público las calles, plazas y caminos, su enajenación quedaba sujeta á las formalidades determinadas por la ley para la de los demás bienes nacionales.

El examen de la resolución que analizamos nos conduce á la consecuencia de que la limitación que establece el artículo 4.° en examen á las facultades del Poder judicial, no significa que los tribunales estén obligados á respetar ciegamente los actos emanados de otra autoridad. Le incumbe, al contrario, examinarlos siempre que ellos sean materia de un reclamo por haber causado la lesión de derechos ajenos; y solamente debe abstenerse de seguir conociendo, cuando el acto reclamado procede claramente del ejercicio legítimo de una atribución legal. El buen criterio y la rectitud de los magistrados son los llamados á apreciar en la generalidad de los casos esta delicada cuestión. (*Gaceta* de 1882, sent. 922.)

IV. Á consecuencia de la promulgación de la ley de 2 de agosto de 1883, que prohibe impedir la inhumación en los cementerios administrados por el Estado ó las Municipalidades, de los cadáveres de las personas que tuvieren sepulturas propias y de los pobres de solemnidad, se entabló demanda en contra del Fisco para que se declarase que estaba inhabilitado para intervenir en la administración del cementerio de Santiago por ser ésta incompatible con el derecho adquirido por el pareciente para tener su sepultura en lugar bendito, pues que el cementerio perdía esta calidad si se procedía á enterrar promiscuamente á los católicos con los que hubieran profesado otra religión ó se hubieran hecho indignos de sepultura bendita.

La Corte Suprema falló el 3 de diciembre de 1883, que, teniendo la demanda «por objeto recabar de los Tribunales de Justicia una resolución general en virtud de la cual se exima al Supremo Gobierno de uno de sus principales deberes, el de cumplir y ejecutar una ley del Estado, dictada y promulgada en la forma prescrita por la Constitución, la cual resolución no puede ser materia de una contienda judicial, visto lo dispuesto en el artículo 160 de la Constitución y el 4.° de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la Ley de 15 de octubre de 1875, que determina taxativamente las atribuciones del Poder judicial, confirmaba el auto por el cual se declaró incompetente el juez de primera instancia para conocer en la demanda.»

El señor Covarrúbias disintió de la opinión de los demás miembros del Tribunal, y sostuvo que la petición contenida en la demanda era materia de un juicio contradictorio, porque en este caso, como en todo juicio, se trataba simplemente de apreciar la conformidad de la demanda con los preceptos de la ley; y que siendo esta apreciación contradictoria, lo que constituía el litigio, solamente, en definitiva era dado á la autoridad judicial pronunciarse sobre ella, aceptando la demanda ó rechazándola; y que esta autoridad se mantenía dentro de la esfera de acción que le es propia, limitándose á tramitar y resolver la cuestión iniciada en la demanda, en ejercicio de las atribuciones que le están conferidas por la Ley fundamental y por el artículo 5.° de la de 15 de octubre de 1875. (*Gaceta* de 1883, sent. 3431.)

V. En virtud de una representación hecha ante el Gobierno de Chile reclamando ciertas sumas que estaban depositadas en arcas fiscales para responder á los tenedores de bonos del Perú, se siguió una instancia judicial para calificar la personería de los reclamantes; pero la Corte Suprema suspendió los efectos de la resolución del juez *a quo* que estimaba bien justificada la personería jurídica, fundándose en que «el examen de esta cuestión es un acto administrativo que corresponde á los funcionarios encargados de la administración y guarda de los caudales públicos, y sólo podría intervenir la justicia ordinaria si se formara instancia por la negativa de aquellos funcionarios al pago que se exige; no siendo, de consiguiente, aplicables al caso actual los artículos 90 del Reglamento de Administración de Justicia y 13 de las adiciones del mismo Reglamento, ni la ley de 4 de diciembre de 1873, porque estas disposiciones se refieren á sentencias pronunciadas en juicios contenciosos»; y en que, no revistiendo el negocio de que se trataba un carácter contencioso, no podía ser materia de un fallo judicial y debían abstenerse los Tribunales de conocer en él, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.° de la Ley de 15 de octubre de 1875. (*Gaceta* de 1883, sent. 2519.)

VI. En dos ocasiones sucesivas se ha suscitado cuestión acerca del pago de pensiones de jubilación. En la primera, el Tribunal se declaró incompetente, por ser atribución privativa del Presidente de la República el conceder jubilaciones; pero no aparece publicada la petición

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

desechada, por lo cual no es posible formarse juicio exacto de la cuestión propuesta. (*Gaceta* de 1883, sent. 403.)

En el segundo caso está, al contrario, perfectamente definida la cuestión.

Un empleado fiscal reclamó el pago de su pensión de jubilado por el tiempo transcurrido desde que inició su expediente de jubilación hasta la fecha del decreto en que ésta le fué concedida. El Gobierno había rechazado la solicitud de pago, dejando al reclamante el derecho de ocurrir á los tribunales de justicia.

El juez de hacienda, en resolución confirmada por la Corte Suprema, mandó abonar la pensión desde la fecha en que el solicitante dejó de percibir sueldo, creyéndose competente la Corte por cuanto se trataba únicamente de saber el modo cómo debía ejecutarse la resolución dictada por el Poder ejecutivo en el decreto que concedía la jubilación. Los señores Prats y Cousiño opinaron que los tribunales de justicia eran incompetentes para fallar este asunto, por cuanto la concesión de jubilaciones es facultad privativa del Presidente la República, siendo inherente á esta facultad y por consiguiente inseparable de ella, la de fijar el tiempo por el cual se concede el goce de los premios, esto es, las fechas en que ese goce debe empezar y concluir. (*Gaceta* de 1884, sent. 1685.)

VII. Habiendo declarado el juez letrado de Linares que el gobernador del Parral había procedido en virtud de sus facultades administrativas y económicas á imponer y hacer efectivas ciertas multas, la Corte de Concepción confirmó ese fallo, declarando los señores Risopatrón y Gallardo que votaban por la confirmación únicamente en cuanto se desechaba el recurso por no haberse entablado éste como cuestión de competencia, ni haber sido interpuesto en tiempo y forma, pues consideraban que el gobernador había dictado resoluciones que son del resorte de la autoridad judicial. (*Gaceta* de 1883, sent. 1417.)

VIII. En la demanda entablada por un oficial del ejército para que se declarase nulo un decreto del Presidente de la República que lo separaba absolutamante del servicio, y se le mandara, en consecuencia, abonar el sueldo respectivo, se declaró por el juzgado y la Corte Suprema que los tribunales de justicia carecían de competencia para conocer en este asunto, porque ello implicaría arrogarse facultades que no les corresponden, desde que la reclamación entablada concernía á actos privativos de un poder constitucional tan independiente como el judicial.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El señor Covarrubias opinó en este caso que los tribunales eran competentes para conocer en el juicio promovido, porque la demanda no se dirigía á establecer que el ocurrente era oficial del ejército, sino única y exclusivamente á cobrar los sueldos que le correspondían como tal oficial y el derecho á la pensión de invalidez; y que negadas estas peticiones por el Poder ejecutivo, tenía el demandante derecho para solicitar el amparo de los tribunales de justicia, como todo el que se cree perjudicado en sus derechos por actos indebidos de la autoridad pública, y porque se trataba de esclarecer cuáles eran los efectos propios del decreto expedido en su contra. (*Gaceta* de 1885, sent. 606.)

IX. Una casa de comercio de Valparaíso pidió en una demanda contra el fisco, que se declarase que un género despachado para el consumo, debía ser clasificado y avaluado en cierta forma. El representante fiscal formó artículo previo á fin de que se resolviese que la Aduana no estaba obligada á contestar á esta demanda por no ser competente el juzgado para conocer en el asunto.

El juez letrado, teniendo presente que, según el artículo 70 de la Ordenanza, los reclamos sobre avalúos deben interponerse ante el jefe superior de la respectiva aduana, quien decidirá sin ulterior recurso, y que dicho jefe procede administrativamente, por lo cual la Ley de Tribunales no ha suprimido la facultad que tiene al efecto, declaró que no correspondía al juzgado el conocimiento del asunto. La Corte Suprema confirmó lisa y llanamente esa resolución. (*Gaceta* de 1885, sentencia 2495.)

X. Hemos hecho notar anteriormente que las cuestiones á que da lugar el artículo que estudiamos, son por su naturaleza delicadas y á menudo difíciles. Si el Poder judicial debe mantener con celo las prerrogativas que le acuerda la ley en pro del bien común, no conviene, sin duda, que lleve tan lejos aquel celo que suscite cuestiones inútiles y enojosas, que destruyan la armonía indispensable entre las diversas ramas del poder público. Conviene, al contrario, que coopere, en cuanto de él dependa y sin menoscabo de sus propias atribuciones, al buen servicio. Nos parece inaceptable, por este motivo, la opinión de un ministro de la Corte de La Serena, de que no debían transcribirse á la autoridad administrativa ciertos antecedentes de un sumario que manifestaban probablemente que había peligros en los trabajos de una mina, para la vida de los operarios. (*Gaceta* de 1886, sent. 2223.)

La práctica contraria ha sido la usual y corriente en esa materia y en muchas otras que llegan al conocimiento de los tribunales.

Á consecuencia del incendio producido en una mina de carbón de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

piedra, sin duda por la exhalación de gases, se instruyó un sumario; y el juez, en su auto de sobreseimiento, mandó oficiar al Presidente de la República para hacerle presente la necesidad de un reglamento sobre trabajo de estas minas. La Corte de Apelaciones de Concepción aprobó el auto con declaración solamente de que el oficio debía dirigirse al Ministerio respectivo. (*Gaceta* de 1885, sent. 2134.)

La Corte Suprema, por ejemplo, y para citar un caso más reciente, acordó dirigir un oficio al Gobierno haciéndole presente ciertas irregularidades que, en el examen de un proceso, había notado que existían en el servicio telegráfico de los ferrocarriles del Estado. (*Gaceta* de 1887, sent. 881.)

XI. La Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo en una demanda por la cual se pretendía que la autoridad judicial decidiese que la contribución de seguridad pública que pesa sobre los establecimientos comerciales y edificios en que éstos funcionan en Valparaíso, debía ser impuesta en la forma que los demandantes creían legal y correcta, ó que, en subsidio, la misma autoridad judicial redujera el aforo á una cuota inferior, declaró que los Tribunales de Justicia eran incompetentes para conocer en este negocio, puesto que las peticiones se referían á actos emanados de la autoridad administrativa, á la cual han sido confiados por la ley, y afectaban á materias esencialmente administrativas, y ajenas, por lo tanto, de un asunto judicial. (*Gaceta* de 1887, sent. 465.)

XII. Un individuo se presentó al juzgado de letras denunciando por despueble unas borateras de la provincia de Antofagasta. El juzgado mandó tener por hecho el denuncio y citar á los colindantes, ordenándole á la vez que ocurriera donde correspondía respecto á la concesión de pertenencias. La Corte de Iquique suspendió los efectos de ese decreto, declarando que la justicia ordinaria era incompetente para conocer en el negocio mientras no hubiera oposición al denuncio, y llegara, por lo tanto, á hacerse contencioso el asunto, en atención á que el decreto de 28 de julio de 1877 determina que los depósitos de boratos son denunciables ante el intendente de la provincia. (*Gaceta* de 1886, sent. 1396.)

XIII. Un vecino entabló querella de despojo en contra de un subdelegado que había ordenado abrir camino por un predio perteneciente á aquél. El juzgado, teniendo presente que el subdelegado había procedido administrativamente, y que la queja debía ser entablada ante el intendente de la provincia, conforme al artículo 160 de la ley de Régimen Interior que regía en esa fecha, desechó la querella dejando á

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

salvo el derecho del querellante para entablar otras acciones. La Corte de Concepción confirmó esta sentencia, contra el voto del señor Risopatrón, que opinó que, estando probada la perturbación causada en la propiedad ajena, debía darse lugar á la querella. (*Gaceta* de 1886, sentencia 3698.)

XIV. Un alcalde solicitó de la Corte de Concepción que ésta declarase si su cargo de alcalde era incompatible con sus funciones de oficial de Registro Civil, y la Corte, teniendo presente que las resoluciones de los tribunales sólo obligan respecto de las causas en que actualmente se dictaren, resolvió que el alcalde debía pronunciarse como fuera de Derecho y en asunto determinado sobre su competencia para conocer. Dos de los ministros opinaron, sin embargo, que debía darse solución inmediata al negocio, en uso de las facultades disciplinarias que acuerda á las Cortes de Apelaciones el artículo 68 de la Ley Orgánica. (*Gaceta* de 1888, núm. 458.)

XV. Habiéndose pedido á un juez letrado que resolviese si ciertos documentos estaban sujetos al pago de la contribución sobre haberes mobiliarios, el juez dictó un auto absolviendo esta consulta. La Corte Suprema suspendió los efectos de este auto, por no ser atribución del juez emitir opinión sobre las dudas que ocurran á los interesados acerca de la inteligencia de la ley. (*Gaceta* de 1888, sent. 1064.)

XVI. El juez de Lautaro negó lugar á una solicitud en que se le pedía permiso para establecer oficina de enganche de marineros, y la Corte de Concepción confirmó esta providencia, teniendo presente, que no era atribución judicial conceder el permiso solicitado. (*Gaceta* de 1888, sent. 1702.)

M. E. BALLESTEROS

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1609 DEL CÓDIGO CIVIL, comprobada por sus fuentes y por la jurisprudencia de los Tribunales superiores de la República.

SEÑOR DIRECTOR DE LA "REVISTA FORENSE CHILENA":

En julio de 1888, tuvo V. la atención de enviarnos un volumen in 8.º, de 550 páginas, que comprende varias *Memorias* insertas en los *Anales de la Universidad* acerca de las materias

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

contenidas en los libros 1.º, 2.º y 3.º del Código Civil Chileno.

La reimpresión de esas *Memorias* nos ha parecido utilísima, puesto que los *Anales* no se encuentran á venta en las librerías de Santiago, ó ya que puedan encontrarse, su precio excesivo impide su adquisición.

No hemos tenido aun tiempo, y desearíamos tenerlo, para leer todo el volumen en que, suponemos, deben hallarse consignados nuestros progresos en materia de *derecho civil patrio*, esto es, propio de Chile *(jus civile, quasi jus proprium ipsius Civitatis.)* (L. 9. I. I. D.)

Sólo hemos hojeado el volumen para consultar, en algunas de esas memorias, puntos de Derecho.

Casualmente nos hemos detenido en una memoria que V. llama "*Introducción crítica*" sobre la necesidad de la revisión del Código Civil.

Esa idea insinuada de *revisión* es valiente. Pero nosotros juzgamos que la empresa es muy ardua.

El Código Civil apenas cuenta treinta años de vigencia: tiempo aún insuficiente para su estudio, y mucho más insuficiente para someterlo á una *revisión.*

Creemos temeridad poner la mano sobre ese monumento legislativo, cuya elaboración por consumados jurisconsultos duró más de veinte años (desde 1834 á 1855), y que es lo mejor que conocemos.

¿Estamos seguros de que los reproches que se hacen al Código Civil en esa *Introducción crítica* son bien fundados ó necesitan reforma urgente?

Démoslo por supuesto, y sólo preguntaremos: ¿quiénes serían los jueces competentes para tal *revisión?*

Nosotros sabemos que en los juicios es muy útil y necesaria la *apelación* para corregir la injusticia ó la impericia del juez *a quo*, pero también sabemos que, á veces, se reforman en peor sentencias bien dadas, pues no siempre pronuncia mejor el último que determina (1).

¿No nos puede suceder en la estemporánea *revisión* del Códi-

(1) L. I, tit. 1.º, lib. 49, D.: *Apellandi usus quam sit frequens quamque necessarius*, etc.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

go Civil, lo que la experiencia de los siglos manifiesta que acontece en las sentencias sometidas al recurso de apelación?

¡Guardémonos de empresas precipitadas, inmaturas!

Estudiemos y después veremos lo que convenga.

No es nuestro ánimo analizar la *Introducción crítica* que nos ha detenido un tanto al hojear el volumen, sino sólo tratar de un reproche que el docto autor dirige al artículo 1906 del Código Civil, para que nuestros lectores juzguen por sí mismos lo peligroso que sería *jurare in verba magistri*, ó aceptar las críticas sin maduro examen, sin mucho estudio previo.

Tales son los motivos que nos han impulsado á escribir estas notas sobre la interpretación ó inteligencia del artículo 1906 del Código Civil.

Entremos en materia.

En la página 46 del volumen, desde la línea 3.ª á la 8.ª, leemos lo siguiente, escrito en tono algo enfático:

"¿Qué ha querido decir el artículo 1906 cuando ha declarado que la cesión de un crédito no transpasa las *excepciones personales* del cedente?

"No lo entiendo: el dueño de un crédito, como acreedor que es, tiene derechos que ejercitar, *acciones* que hacer valer contra el deudor; pero *excepciones*, nó. Las excepciones son propias del deudor y no pertenecen jamás al acreedor. Pueden algunas, es cierto, ejercitarse como acciones, pero eso no les quita el carácter indicado" (1).

Nosotros no queremos decir todo lo que esta censura significa.

Cuando nos proponemos comentar un artículo del Código Civil para fijar su interpretación ó inteligencia, no lo hacemos jamás de memoria ó arrastrados de la primera impresión que á veces suele sorprendernos.

Buscamos ante todo sus fuentes, y comparamos. De este trabajo, si es completo, deducimos las consecuencias, fijamos el sentido de las palabras empleadas por el Legislador, reconoce-

(1) Este último concepto de nuestro autor alude á la regla de Derecho: *Cui damus actionem eidem, exceptionem competere multo magis quis dixerit.* L. 156, tít. 17, lib. 50, D.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mos su espíritu, llegamos al descubrimiento de la verdad ó creemos llegar á él. Estos son los estudios previos, indispensables para entrar en la ardua tarea de una *revisión.*

El artículo 1906 del Código Civil dice: "La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios é hipotecas; pero no transpasa las excepciones personales del cedente."

¿De dónde se tomó este artículo?

Sin el menor género de duda del artículo 2084 del Proyecto Bello, publicado en 1853, que sirvió de base á las discusiones de la Comisión Revisora presidida por el Presidente de la República (ex-profesor de Derecho Romano y Español en el Instituto Nacional, entre cuyos discípulos y amigos tuvo á honra el contarse el que esto escribe.)

Ese artículo 2084 del Proyecto Bello dice así: "La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios, prendas é hipotecas, pero no transpasa los privilegios ó excepciones personales del cedente."

Como vemos, el artículo 2084 del Proyecto Bello, al convertirse en el artículo 1906 del Código Civil, no sufrió modificación alguna de fondo sino de redacción.

La Comisión Revisora suprimió la palabra *prendas* quizá por considerarla innecesaria; mas no porque no estén comprendidas las prendas en la cesión de un crédito, salvo estipulación contraria.

También suprimió la palabra *privilegios*, no por otro motivo, según lo conjeturamos, que por evitar la repetición de *privilegios*, contentándose con dejar sólo la palabra *excepciones* que en dicho proyecto es sinónima de *privilegios*, puesto que el artículo 2084, dice *privilegios ó excepciones personales del cedente*, y cuya sinonimia es jurídica, como lo veremos más adelante.

Pero ¿de qué fuentes tomó el Proyecto Bello el artículo 2084?

No encontramos en el Proyecto Bello del año 1853, *anotación* alguna de fuentes, quizá por falta de tiempo, como cuidó de decirlo en su Advertencia el señor Bello.

Mas, nos parece fácil suplirlas, ocurriendo á los Códigos modernos de que se sirvió y que no copió á la letra el señor Bello.

El artículo 1692 del Código Francés, dice: "La venta ó ce-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sión de un crédito comprende los accesorios del crédito, tales como cauciones, privilegios é hipotecas» (1).

El artículo 1459 del Proyecto de Código Civil Español por García Goyena, dice: «La venta ó cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como fianza, hipoteca, prenda y privilegio.»

El artículo 1393 del Código Alemán, dice (elegante y concisamente): «Los derechos enajenables y no personales pueden ser el objeto de una cesión.»

El artículo 1698 del Código Sardo, dice lo mismo que el artículo 1692 del Código Francés, con esta agregación: «*pero* no comprende las rentas ó intereses vencidos, á menos que no haya estipulación á este respecto.»

Vemos en los artículos citados de los Códigos modernos, analogía con el artículo 2048 del Proyecto Bello, del año 1853.

Más no hemos encontrado la frase, «*pero no transpasa los privilegios ó excepciones personales del cedente*», que es la que parece haber motivado el reproche de nuestro autor.

Buscaremos entonces en el Derecho Romano la fuente de esa frase tachada de *ininteligible* ó *errónea* ó *impropia*.

El señor Bello era un profesor muy versado en Derecho Romano y lo siguió con preferencia al Código Francés en muchas materias, verbigracia, la mayoría de los veinticinco años, la tradición del dominio, etc., etc.

Una regla de Derecho Romano, dice así: «En todas las causas se observa esto: que cuando la condición de la persona da lugar al beneficio, faltando la persona, falta también el beneficio; pero, cuando el beneficio es inherente al género de la acción, pasa con ella á todos los que pueden intentarla» (2).

La palabra *beneficio* en esta regla es equivalente á *derecho personal*, puesto que se concede á las personas por su condición,

(1) Marcadé, en este artículo, trata la cuestión jurídica sobre si se han de considerar ó nó como accesorios del crédito cedido, las acciones de nulidad, rescisión ó resolución, etc.

(2) «*In omnibus causis id observatur ut, ubi personæ conditio, locum facit beneficium, ibi, deficiente ea, beneficium quoque deficit; ubi, vero genus actionis id desiderat, ibi ad quemvis persecutio ejus devenerit non deficiat ratio auxilii.* (R. 68. XVII 50, D.)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

salvo que el beneficio sea inherente á la acción *para que no falte la razón del auxilio.*

Otra regla dice: "Unos privilegios son respectivos á la causa, y otros á la persona; y por lo tanto, los que son respectivos á la causa se transmiten al heredero, y los que son *personales* no pasan al heredero" (1).

Privilegios es sinónimo de derechos personales, y significa aquí, lo mismo que *beneficio* en la regla anterior.

Así, *beneficia, privilegia, jura, personalia*, tienen el mismo sentido jurídico, tanto en latín como en castellano, según lo vemos en la ley 27, título 34, página 7, que dice:

"Et, los sabios antiguos, dijeron otrosí; que los privilegios que son dados á algunos por razón de sus personas, que non pasan á sus herederos; fueras ende si en la carta ó en los privilegios, lo dijere."

En otra ley romana encontramos la palabra *exceptiones* empleada en la misma acepción que tiene en el artículo 2084 del Proyecto Bello (correspondiente al artículo 1906 del Código Civil).

Es la L. 7, tít. I, lib. 44, D., que dice: *Exceptiones quæ personæ cujusque cohærent non transeunt ad alios* (2).

Si pues "las excepciones inherentes á la persona de alguno no pasan á otros," como dice esa ley romana, claro es que por lo mismo no pasan al cesionario de un crédito esas excepciones personales, como dice el artículo 2084.

¿En dónde está la ininteligibilidad de esa disposición? ¿en dónde el error jurídico, ó la impropiedad del lenguaje?

No lo sabemos.

Al contrario, la encontramos clara, correcta, propia de la terminología legal, según nuestro criterio ó modo de ver.

Así, indagando fuentes y confrontándolas, hemos llegado á reconocer el significado de las palabras del Legislador.

(1) *Privilegia quædam causæ sunt, quædam personæ; et ideo; quædam ad heredem transmituntur quæ causæ sunt: quæ personæ sunt ad heredem non transeunt.* (R. 196, título 17, libro 50, D.)

(2) MERLIN, *Questions de droit, in V. Hypoth*, § 4. Discusión de esta ley 7, distinguiendo las excepciones personales, de las exclusivamente adheridas á la persona.—TOULLIER, *Id. Droit Civil*, lib. 3.°, tít. 3.° núm. 569 y sig.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Así, aceptamos esta regla de interpretación del jurisconsulto Paulus (quien respondió) "que no convenía que el Derecho Civil fuera calumniado, ni que sus palabras se interpretaran mal, sino que debía observarse la intención del Legislador (1).

Nos atreveríamos á suplicar á los curiosos que nos han acompañado en nuestras investigaciones con paciente resignación, que lean de nuevo el artículo 1,906 del Código Civil, y después pronuncien su fallo con imparcialidad, deponiendo toda prevención ó dejando á un lado las primeras impresiones que suelen sorprendernos.

Nosotros leemos así el artículo 1,906 del Código Civil: "La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios é hipotecas; pero no transpasa las *excepciones* (esto es, los beneficios, privilegios ó derechos) *personales* del cedente."

Así interpretamos, así entendemos el artículo 1906 del Código Civil, tal como lo hemos leído.

¿Estamos muy equivocados?

¡Bien puede ser! *Humanum est errare*, ó como dijo Cicerón: *¿Quis, enim, errorem effugerit?* en la carta 868, á su amigo Planco, *in illo tempore*, en que los sabios confesaban que los hombres no podían evitar caer en el error.

Pero todavía nos quedaría un consuelo, y es que nos encontramos en buena compañía con los magistrados que lo han interpretado y entendido como nosotros, en los casos que se han presentado á su resolución. Recordaremos sólo dos casos, para no abusar tanto de la paciencia de sus lectores.

PRIMER CASO.—N., cesionario del fisco, por un mutuo de dinero demandó ejecutivamente al deudor M., que había obtenido quitas y esperas de sus acreedores, pretendiendo que él no estaba obligado á pasar por el *convenio*, como no lo habría estado el fisco, *su cedente*, en virtud de la *excepción* del artículo 130 de la ley de 8 de febrero de 1837.

El ejecutado M. opuso las quitas y esperas, sosteniendo que el ejecutante estaba sometido al convenio como los demás acreedores personales, porque, según el artículo 1906 del Có-

(1) *Paulus respondit: Non oportere jus civile calumniari, nec verbo captari, sed qua mente quid dicitur, animadvertere convenire* (L. 19, IV. X, D.)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

digo Civil, "en la cesión del crédito, no le había transpasado el fisco la *excepción personal* que le competía por el artículo 130 de la ley de 8 de febrero de 1837, y que dice:

"Tampoco podrá tener voz el fisco (en las deliberaciones relativas al convenio), ni se entenderá entrar jamás en el convenio, ni pasará por sus resultas."

Por sentencia de primera instancia de 13 de octubre de 1862 se desechó la excepción del ejecutado y se le condenó al pago de la deuda.

Pero la Corte de Apelaciones de Santiago, en segunda instancia, por sentencia de 28 de noviembre de 1862:

"Teniendo presente: 1.° Que, según el artículo 1,906 del Código Civil, en la cesión de un crédito no se transpasan las *excepciones* personales del cedente; y 2.° Que, por lo tanto, el ejecutante no puede apropiarse y ejercer el *derecho* que las leyes, por razones especiales, *sólo* otorgan al fisco para no pasar por esperas y quitas, se revoca la sentencia apelada," etc.—*(Gaceta de los Tribunales*, número 1,065, cifra 2,462).

SEGUNDO CASO.—Se trata del fuero fiscal que no pasa juntamente con el crédito al subrogado ó cesionario que pagó por el deudor afianzado.

Hé aquí las sentencias al pie de la letra:

"Santiago, 9 de junio de 1865.—Siendo una demanda personal del ex-administrador del estanco de Ñuñoa, en la cual no tiene interés alguno el fisco, ocurra (el solicitante) donde corresponda."

Apelado este auto, la Corte Suprema, por sentencia de 24 de junio de 1865,

"Vistos: Teniendo en consideración: 1.° Que F. demanda á Z. en virtud de la subrogación que dice corresponderle en los derechos del fisco, á quien pagó por el estanquillero deudor; y 2.° Que la subrogación, lo mismo que la cesión de un crédito, comprende las fianzas, privilegios é hipotecas; *pero no transpasa las excepciones personales*, de cuya clase es la del fuero, se confirma el auto apelado de 9 del corriente." —(Sentencias insertas en la *Gaceta de los Tribunales*, núm. 1,200, cifra 1,189).

B. A. VILA

Santiago, 2 de noviembre de 1888.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

LAS REGLAS GENERALES DEL LIBRO PRIMERO del Código Penal y especialmente las de los artículos 10, 11, 12 y 13 ¿son aplicables á los cuasi-delitos?

I

El Código Penal Español de 1850, que sirvió de base para la redacción del nuestro, castigaba como delito, por su artículo 450, á la imprudencia temeraria, y no mencionaba siquiera á los cuasi-delitos. Si este sistema era defectuoso en teoría, por cuanto calificaba como delitos á hechos que, como la imprudencia temeraria, no son acciones ni omisiones *voluntarias* y además porque ni de la definición del artículo 1.º, ni de ningún otro principio general se desprendía que ese Código castigaría algunas acciones ú omisiones involuntarias y meramente culpables, estos defectos no producían ningún inconveniente práctico; y, por el contrario, de ello resultaba que la última clase de infracciones estaba comprendida en las disposiciones generales que hablaban ó se referían á delitos, entre los cuales, como hemos dicho, se contaba la imprudencia temeraria.

Y esto mismo sucede en el Código Penal Español de 1870 que contiene en su artículo 581 la misma disposición del 480 citado, del de 1850, y que tampoco hace distinción alguna entre el delito y el cuasi-delito; y también en los Códigos Penales de Francia, Bélgica, Prusia é Italia que penan como delitos á los homicidios y lesiones corporales meramente culpables y que tampoco hablan de cuasi-delitos (artículos 319 y 320 del primero; capítulo 2.º, título 6.º del segundo; párrafos 184 y 198 del tercero y sección 3.ª, capítulo 1.º, título 10 del cuarto).

Igual cosa habría sucedido en el nuestro si la Comisión Redactora no hubiese distinguido los delitos de los cuasi-delitos, sin prever que de ello debería resultar lógicamente que las reglas generales del libro primero que hablasen ó se refiriesen sólo á delitos no podrían aplicarse á los cuasi-delitos sin un mandato expreso, del mismo modo que no son aplicables á las faltas las disposiciones que hablan ó se refieren solamente á los crímenes ó simples delitos ó vice-versa. Y como si se hubiera

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

querido que no quedase duda alguna sobre que los cuasi-delitos forman una clase especial de infracciones distintas de los delitos, la mayoría de la Comisión en la sesión 120 de sus actas rechazó la indicación del señor Rengifo para que se suprimiera el artículo 2.º por las razones que hemos manifestado é impugnado en los números 13, 14, 15 y 16 de nuestra obra titulada CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS DEL CÓDIGO PENAL CHILENO; y conservó el artículo 2.º porque «era necesaria la distinción del cuasi-delito, aceptada por el Código Civil á fin de uniformar esta legislación con la penal, y porque, habiendo casos especiales de cuasi-delitos castigados en el presente Código, era necesario definir antes la materia á que esos castigos deben aplicarse.»

De lo expuesto resulta que las reglas generales del libro 1.º que hablan ó se refieren á delitos no son aplicables á los cuasi-delitos, que forman por la ley y por su naturaleza una clase distinta de infracciones.

II

De esta clase de reglas son, sin duda alguna, las de los artículos 1.º, 3.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 14, 15, 16 y 17 que hablan expresamente de crímenes ó simples delitos ó faltas, y que, por la naturaleza de ellas, no pueden aplicarse á los cuasi-delitos; y de la misma clase son las de los artículos 10, 11, 12, 13 y 92, que hablan ó se refieren exclusivamente á delitos y que, aun cuando así no fuese, no serían aplicables á los cuasi-delitos por la naturaleza de ellas.

Sin embargo, respecto á las circunstantes atenuantes y agravantes de los artículos 11, 12 y 13, hemos leído en el tomo IV número 6.º de esta REVISTA, un artículo que, impugnando concienzudamente la aplicación que la Excma. Corte Suprema hizo en la sentencia 2024, año de 1888, de la circunstancia agravante del parentesco en un cuasi-delito de homicidio, sostiene como cosa indiscutible, que el juez debe tomar en cuenta las expresadas circunstancias para graduar la pena aún de los cuasi-delitos. El autor de este artículo, reconociendo que el parentesco no debe agravar la pena en los cuasi-delitos por la naturaleza de éstos, arriba, sin embargo, á la conclusión expresada, funda-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

do en la letra de los epígrafes de los párrafos 3.º, 4.º y 5.º del título 1.º, libro 1.º del Código: "En los artículos que tratan de los cuasi-delitos, dice, no encontramos ninguna disposición sobre la aplicación de las circunstancias agravantes ó atenuantes. En el silencio de la ley, agrega, no compete al juez distinguir, y refiriéndose los artículos 11 y 12, que tratan de circunstancias atenuantes y agravantes, á la responsabilidad criminal, y produciendo los cuasi-delitos responsabilidad criminal, es indiscutible que debe el juez tomarlas en cuenta para graduar la pena aún en los cuasi-delitos." Y como nosotros, según lo insinuado, no participamos de esta opinión, vamos á manifestar que, á pesar de los epígrafes de los párrafos 2.º, 3.º, 4.º y 5.º, las expresadas circunstancias no son aplicables á los cuasi-delitos ni por la ley ni por la naturaleza de ellas.

III

Ya sabemos que el Código Español de 1850 calificaba como delito á todas las acciones y omisiones penadas por él, inclusive á la imprudencia temeraria; y que no mencionaba siquiera á los cuasi-delitos. Por consiguiente, todas las reglas generales de su libro 1.º sólo podían referirse á delitos.

Pues bien, el nuestro, que copió literalmente del indicado Código los epígrafes del título 1.º, libro 1.º, y de los párrafos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º del mismo título, que solamente se referían á delitos; y que por su artículo 2.º hizo de ciertas acciones y omisiones una especie de infracciones distintas de los delitos sin agregar un mandato para que rigiesen con éstos las reglas generales referentes á delitos, no ha podido comprender en dichas reglas á esa nueva clase especial de infracciones que denominó cuasi-delitos. En una palabra, tanto en el Código Español como en el nuestro, la responsabilidad criminal de que hablan en los epígrafes ya indicados es la que proviene de delitos y no de cuasi-delitos.

Pero aún prescindiendo de estas consideraciones legales, la misma naturaleza y fundamentos de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan ó la agravan, hacen que sean ellas inaplicables á los cuasi-delitos.

Y en efecto, las circunstancias del artículo 10 no pueden tener

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cabida en los cuasi-delitos, unas porque se fundan en la falta de algunos de los elementos de la voluntad que debe existir en los delitos y no en los cuasi-delitos; y otras en ciertos derechos que la ley acuerda para ejecutar lícitamente hechos que son delitos en realidad y no cuasi-delitos. Así las personas comprendidas en los números 1.º, 2.º, 3.º, 8.º, 9.º, 12 y 13, están exentas de responsabilidad criminal por cuanto obran ó sin inteligencia como las de los tres primeros, ó sin intención como las de los números 8.º y 13, ó sin libertad como las otras de los números 9.º y 12. Y las de los números 5.º, 6.º, 7.º, 10 y 11 están exentas de penas, porque la ley lo manda así respecto de las acciones voluntarias de que habla y que son delitos.

Y como tal vez pueda observarse que si los locos ó dementes, los menores de diez años y los mayores de esta edad y menores de dieciséis que no obran con discernimiento, necesitan ser exentados de responsabilidad criminal cuando ejecutan hechos que la ley califica como delitos, por igual razón necesitan serlo cuando cometen cuasi-delitos y ser considerados como comprendidos entre los exentos de responsabilidad por los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 10; pero la verdad es que dichas personas no necesitan de esas exenciones tratándose de cuasi-delitos, sencillamente porque no pueden cometerlos. Si la ley no encuentra en ellos la malicia propia del delito ¿cómo los jueces podrán hallar en ellas la imprudencia temeraria que constituye al cuasi-delito?

Tampoco pueden ser aplicables á esta clase de insfracciones las circunstancias atenuantes del artículo 11. La primera, en efecto, se refiere á ciertas causas de exenciones de responsabilidad que, como hemos dicho, no rigen con los cuasi-delitos; la 2.ª, 3.ª, 4.ª y 5.ª, fundándose en que alguno de los elementos de la voluntad delincuente se encuentra menoscabado en el acto en que el delito se comete, no tienen siquiera relación con el cuasi-delito; y, por fin, la 6.ª, 7.ª, 8.ª, 9.ª y 11.ª tampoco son aplicables, unas porque la naturaleza de ellas excluye toda idea de culpa y presupone voluntad de delinquir; y todas en general, porque la letra de ellas habla sólo de delitos ó de delincuentes, palabras que excluyen también á las acciones ú omisiones meramente culpables.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Más obvio es todavía que las circunstancias agravantes de los artículos 12 y 13 sólo se refieren á delitos, tanto porque ellos emplean esta palabra excluyente de los cuasi-delitos, como porque fundándose en cierta exuberancia de voluntad para dañar, no tienen relación alguna con las acciones ú omisiones involuntarias y meramente culpables. Es cierto que las circunstancias de los artículos 15 y 16 pueden concurrir en los cuasi-delitos; pero, aparte de que ellos sólo hablan de delitos, dichas circunstancias no pueden aplicarse á los cuasi-delitos por sus mismos fundamentos, que no repetimos por haberlos expuesto en los comentarios respectivos de la obra citada; y con más desarrollo, en cuanto á la reincidencia, en un artículo publicado en el número 5.°, tomo 4.° de esta REVISTA.

Respecto á la agravación por parentesco, aunque basta lo dicho en general para dejar establecido que es absurdo invocarlo como circunstancia agravante de los cuasi-delitos, ya que de ello se trata en la sentencia citada, recordaremos, en resumen, la doctrina que rige la materia.

En todo delito deber haber una culpa elemental ó necesaria para su existencia, y que consiste simplemente en la comisión voluntaria de un hecho punible. Pero además de esta culpa elemental, suele concurrir otra especial y que consiste en hechos que revelan una perversidad de la voluntad mayor que la precisa para cometer el delito. De esta culpa nacen las circunstancias que, sin ser necesarias para la existencia del delito y sin que por sí solas puedan constituirlo, aumentan la criminalidad del agente y por esto se llaman agravantes. Por tanto, estas circunstancias sólo pueden concurrir en los delitos cuya pena se mide por la mayor ó menor inmoralidad del acto; y no en los cuasi-delitos que se causan sin voluntad y cuya pena se proporciona al grado de imprudencia. Así el padre que mata voluntariamente á su hijo, comete las dos especies de culpa, la elemental, que consiste en haber muerto voluntariamente á un hombre y por la cual corresponden las penas comunes del homicidio; y la especial, que, á su vez, consiste en que la víctima haya sido un hijo, lo que manifiesta que el autor del hecho es un criminal más perverso que el que mata á un extraño. Pero si sustituímos la voluntad por la mera culpa, si hacemos que el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

homicidio sea sólo por imprudencia, todo cambiará completamente; pues ese padre no será más delincuente ni ante la moral ni ante la conciencia pública, que el que mata á un extraño con el mismo grado de imprudencia, precisamente porque en el hecho sólo habrá concurrido la culpa elemental, esto es, la imprudencia temeraria que constituye el cuasi-delito y la circunstancia del parentesco no formará la culpa especial que consiste, como hemos dicho, en hechos dependientes de la voluntad. En una palabra, las circunstancias atenuantes y agravantes son tales sólo porque modifican la voluntad criminal en sentido favorable ó contrario al delincuente; y, en consecuencia, no pueden concurrir en los cuasi-delitos que se cometen sin voluntad.

IV

Pero el Código no ha castigado los cuasi-delitos con penas especiales sino con algunas de las que impone á los simples delitos, según la escala del artículo 21. De esto resulta lógicamente que todas las disposiciones generales del libro 1.º que se refieren á penas, como son las de los títulos 3.º, 4.º y 5.º deben regir con las impuestas á los cuasi-delitos en cuanto sean aplicables; puesto que la circunstancia de haberse impuesto también á esta clase de infracciones penas que, según el artículo 21, son de simples delitos, no puede desnaturalizarlas; y además, porque si la ley hubiese querido que, por el mero hecho de haberlas impuesto á los cuasi-delitos no rigiesen con ellas sus reglas generales, habría tenido que decirlo expresamente.

Así, la prescripción de la acción penal y de la pena de los cuasi-delitos debe regirse por las reglas del artículo 5.º citado, con excepción de las de los artículos 104 y 105, que no son aplicables por referirse á circunstancias agravantes y á inhabilidades que sólo tienen cabida en los delitos; de suerte que la acción penal que nace de los artículos 490, 491 y 492 y las penas mismas que por esos artículos se impongan, prescribirán en diez años por ser de simples delitos según la expresada escala, y por cuanto rigen aún con los cuasi-delitos los fundamentos en que reposa la prescripción penal, que también hemos estudiado en la obra citada.

A. FUENZALIDA

Tacna, 19 de marzo de 1889

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

EL FUERO DE LOS MIEMBROS DEL CONGRESO en los juicios sobre abusos de la libertad de imprenta

Es un principio de nuestro Derecho Público, que el artículo 13 (antes 15) de la Constitución Política sanciona que ningún senador ó diputado, desde el día de su elección, podrá ser acusado, perseguido ó arrestado, salvo en el caso de delito *infraganti*, si la Cámara á que pertenece no autoriza previamente la acusación, declarando haber lugar á formación de causa.

De acuerdo con esta disposición, cada vez que es necesario proceder criminalmente en contra de algún miembro del Congreso, el juez á quien el conocimiento de la causa corresponde, constatada la existencia del delito, se dirige á la Cámara respectiva solicitando el desafuero del senador ó diputado que de ese delito aparece responsable, y sólo después de allanada esa dificultad, puede proceder á su esclarecimiento y castigo en la forma ordinaria.

La aplicación de este precepto, que por regla general es sencilla, sugiere, no obstante, algunas dudas cuando se trata de hacerlo valer en los juicios sobre abusos de la libertad de imprenta, y así lo hemos visto últimamente con motivo de la acusación hecha á uno de los diarios de Santiago, cuyo editor es diputado al Congreso Nacional.

Desde luego, conviene tener presente que el caso no pudo ser previsto ni tomado en cuenta por la Carta Fundamental, puesto que, según ella, no existen delitos de imprenta, como muy bien lo observa nuestro distinguido profesor señor Huneeus; sólo se puede *abusar* de esa libertad, y el *abuso*, no el *delito*, no puede ser castigado sino después de haber sido previamente calificado de tal por un jurado.

Bastaría esta sola consideración para afirmar que el fuero de que gozan los miembros del Congreso no puede hacerse extensivo á las causas de imprenta, si la ley de 17 de julio de 1872, á nuestro juicio, contrariando el propósito manifiesto de la Constitución, no hubiera dicho expresamente lo contrario. Y como esta ley es la que regla el procedimiento y establece la forma en que tales causas deben ventilarse, fuerza es que á ella

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nos atengamos para dilucidar la dificultad que ahora nos ocupa.

Después de enumerar las atribuciones y deberes del primero y segundo jurados y de señalar la manera como deben ejecutarse sus resoluciones, la ley de 17 de julio dispone en su artículo 30 lo siguiente: "Cuando el impresor y el autor del escrito acusado no pudieren ser habidos después de una citación legal, *ó no fueren justiciables sin trámite previo*, el juicio se seguirá como contra reos ausentes, y en caso de condenación, el pago de las multas y costas se hará efectivo en la imprenta."

La cuestión que nos hemos propuesto se reduce á determinar el alcance que haya de darse á este artículo. Con las palabras *no fueren justiciables con trámite previo* se ha querido indicar precisamente á los miembros del Congreso y á los funcionarios administrativos, en contra de los cuales no puede procederse sin allanamiento de fuero.

Ahora bien, ¿cuándo debe tomarse en consideración este fuero? ¿Será antes de proceder al sorteo del primer jurado ó únicamente cuando empieza el juicio propiamente dicho?

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la ley ya citada, las funciones del primer jurado están reducidas tan sólo á declarar si el impreso acusado, atendidas sus palabras y espíritu, merece ó nó ser sometido á juicio. En otros términos, es el tribunal llamado á decidir si se ha abusado de la libertad de imprenta que la Constitución asegura á todos los habitantes de la República, á fin de que el abuso, si lo hay, sea castigado en la forma determinada por la ley. Por consiguiente, antes de conocerse este acuerdo se ignora aún si hay delito que pesquisar y mucho menos se sabrá si va á ser necesario proceder contra persona determinada.

Inútil parece entonces preocuparse de si el representante del diario ó el autor del impreso acusado gozan de fuero ó no son justiciables sin trámite previo, puesto que todavía no se sabe si habrá juicio. Éste empieza, según los términos del artículo 20, después que, habiéndose declarado haber lugar á formación de causa, los nueve miembros que componen el segundo jurado hayan prestado ante el juez que concurrió á organizarlo el juramento que el artículo 19 prescribe.

Para los efectos de la organización y funcionamiento de este

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

segundo jurado, es ya necesario saber si la persona que asume la responsabilidad del impreso se halla en el caso que contempla el artículo 30 que antes citamos, porque ahora se presenta un hecho que reviste el carácter de delito y para cuyo esclarecimiento se declaró haber lugar á formación de causa. Al paso que el primer jurado sólo toma en consideración el impreso que el acusador estima ofensivo, con el único objeto de averiguar si se ha cometido un abuso de la libertad de imprenta, el segundo considera ese abuso juntamente con el individuo que de él se presenta como responsable.

Parece indudable que el propósito que al dictar el artículo 30 de la ley de 17 de julio se tuvo en vista, fué hacer que los juicios de imprenta se tramitaran rápidamente sin exponerlos á los retardos, á veces considerables, que una solicitud de desafuero ocasiona. Para aplicar ese artículo se hace necesario, por lo tanto, que concurran los mismos requisitos que habría menester la Cámara para acceder al allanamiento del fuero de cualquiera de sus miembros.

Estos requisitos son, en primer lugar, la existencia plenamente acreditada con arreglo á la ley de un hecho que constituya delito ó que, á lo menos, se presente con los caracteres de tal, y en segundo, que haya semi-plena prueba de que el senador ó diputado cuyo desafuero se pretende sea el autor responsable, cómplice ó encubridor de ese hecho.

Y estas dos circunstancias, ¿concurren cuando se trata de proceder al sorteo del jurado cuyas funciones están reducidas á declarar si el impreso acusado merece ó no ser sometido á juicio, cuando aún no se ha constatado el cuerpo del delito, base indispensable de todo procedimiento criminal?

Después de lo que dejamos expuesto, la negativa se impone por sí misma y con ella la solución de la cuestión cuyo estudio hemos tratado de hacer en el presente trabajo.

AGUSTÍN CORREA BRAVO

Santiago, 18 de abril de 1889

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

EN EL CASO DE IMPEDIMENTO ACCIDENTAL de un defensor público ¿quién es llamado á reemplazarlo? (1).

Cuando regía en todas sus partes la Ley de 15 de octubre de 1875, no cabía duda acerca del punto insinuado más arriba; pero desde la vigencia de la ley de 19 de enero último, que modificó sustancialmente algunas disposiciones de aquélla, se ha llegado á sostener que también esta modificación alcanza á los artículos 303, 304 y 305 de la misma Ley, que establece el procedimiento para reemplazar á los defensores públicos accidentalmente impedidos.

Nosotros, sin embargo, sostenemos que la citada ley de 19 de enero no derogó ni expresa ni tácitamente en esta parte á la Ley de 15 de octubre del 75.

Supongamos, por vía de ejemplo, un caso concreto.

El defensor de menores al servicio de un juzgado de cabecera de provincia, se declara implicado para dictaminar en un determinado negocio, por razón de incompatibilidad entre su propio interés ó derecho y el interés ó derecho cuya defensa le está encomendada por la ley. En tal caso ¿á quién debe el juez nombrar defensor *ad hoc*?

El juez tendría entonces que recurrir al artículo 305 de la Ley de 15 de octubre de 1875, y, en conformidad á él, nombrar á un abogado que tenga la calidad requerida por el número 3.° del artículo 303, es decir, que figure entre los que hubiesen sido recomendados para cualquiera plaza judicial en la lista de que trata el artículo 122. Pero como este artículo fué derogado por la ley de 19 de enero, reemplazándosele por otro, y derogado y reemplazado asimismo el 307 por otro que estableció que, para ser defensor de menores de un departamento, se requiere tener

(1) Consultada la Redacción de esta Revista sobre la materia de este artículo, declara que su dictamen se conforma con la opinión de él. Creemos, en consecuencia, que el juez de letras de cabecera de provincia debe nombrar defensores públicos *ad hoc* á los abogados propuestos en las listas de marzo para cualquier puesto de la jerarquía judicial, con preferencia á los que no lo estén.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

las mismas cualidades que para ser juez del mismo, se arguye que el nombramiento *ad hoc* no puede recaer sino en un abogado que figure en la lista de 2 de marzo recomendado para juez de cabecera de provincia, sin que, en defecto de abogados con esta calidad, deba hacerse el nombramiento en algún otro que sólo haya merecido recomendación para juez de departamento.

Creemos absolutamente errónea, y abiertamente contraria al texto claro de la ley tal opinión, y que, en el caso que examinamos, el juez puede nombrar indistintamente á cualquier abogado que figure en la lista de propuestas de jueces, sin atender á jerarquía alguna, y que existiendo abogados en la jurisdicción del juez recomendados para cualquiera jerarquía judicial, deben ser forzosamente preferidos á los que no lo estén.

Es fuera de duda que la ley de 19 de enero último no derogó sino los artículos 40, 58, 103, 122, 123, 274, incisos 3.° y 4.° del 306, inciso 2.° del 278, y 307 de la Ley de 15 de octubre del 75, reemplazándolos, según hemos dicho, por otros, sin hacer referencia á ninguna de las disposiciones de los artículos 303, 304 y 305, es decir, sin derogarlos.

Es verdad que el artículo 122 fué expresamente derogado, y éste es el punto principal de la reforma; pero también es cierto que fué reemplazado por otro que conservó la misma lista de propuestas que el artículo 122 establecía. La lista subsistió, aunque más restringida, y sólo se modificó el procedimiento que debía observarse para formarla.

La sola expresión "se reemplazan" consignada en la ley, nos indica que el Legislador no quiso borrar de una manera absoluta disposiciones, por decirlo así, constitucionales,—desde que las propuestas ó recomendaciones para la judicatura derivan de la Carta fundamental,—sino únicamente introducir modificaciones de mero procedimiento.

La pretensión de subordinar los defensores *ad hoc* á la disposición del artículo 4.° de la ley de 19 de enero, que derogó el 307 de la Ley orgánica, es un error no menos inexplicable.

Se olvida, por los que así piensan, que aquella disposición se refirió á los defensores públicos propietarios, interinos y suplentes, carácter en que, como los jueces, pueden ejercer su ministerio; mas nó, y de ninguna manera, á los que hubieren de fun-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cionar en virtud de impedimento accidental del propietario, y á veces también, del interino y del suplente.

La prescripción del referido artículo 4.º sólo tiene aplicación, repetimos, cuando se trate de proveer una plaza de defensor público por licencia del propietario ó vacancia de ella.

Establecida, como creemos haberla dejado, la no derogación de los artículos 303, 304 y 305 de la Ley orgánica en lo que respecta á la lista de propuestas para jueces á que ellos se refieren, queda fijado por el mismo hecho el procedimiento á que el juez debe someterse en el caso de impedimento accidental de un defensor público, que no es otro que el que la Ley orgánica previno en los mismos artículos 303, 304 y 305.

PEDRO C. LÓPEZ

Chillán, 1889.

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

PRÓLOGO

Nada es más útil que reunir en un solo cuerpo todas las disposiciones posibles, referentes á la materia codificada. Digo posibles, porque bien puede ser que se escapen muchas á la humana previsión, cosa inevitable tratándose de una obra del hombre.

Para que sea provechosa una codificación, es indispensable: 1.º, darle unidad, es decir, evitar disposiciones en contradicción; 2.º, impregnarla en los principios de equidad; 3.º, simplificar sus disposiciones reduciéndolas al menor número posible, sin sacrificar la claridad y sin desatender lo positivo de las necesidades que se va á satisfacer; 4.º, cuidar esmeradamente su forma externa, dándole una redacción en lenguaje puro, correcto, castizo y esencialmente conciso.

Y tratándose de un Código de Enjuiciamiento, lo expuesto se hace sentir de una manera más imperiosa; por cuanto se trata de la forma ó trámites que deben observarse en el ejercicio de las acciones que garantiza la ley civil.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La Nación está empeñada en que esta forma ó el procedimiento sea natural y no artificial, sencillo y no recargado de ceremonias ni diligencias, todo lo cual lo hace ser económico en el tiempo, en el dinero y en el trabajo que demanda.

No se debe sacrificar lo real y verdadero á lo ideal; ni debemos violentar la naturaleza de las cosas para conservar lo existente.

Todo lo haremos pasar por el harnero de la lógica y de la justicia; lo que pase por él, será, en nuestro concepto, el único material sano que puede componer el Código de Enjuiciamiento Civil. Estas advertencias alcanzan al fondo y á la forma del Proyecto.

Ellas sólo tienen en mira el llamar la atención de los hombres del poder y de los de esta clase de estudios. Ojalá fueran motivo para que se perfeccionase el referido Proyecto. Ello compensaría con usura el presente trabajo.

TÍTULO PRIMERO.—Definiciones y reglas generales

"ARTÍCULO PRIMERO. Se llama *juicio* toda contienda suscitada entre partes y sometida á la resolución de un tribunal."

Según el epígrafe del presente título, los siete artículos que lo componen, són, ó definiciones, ó reglas. Se trata, pues, de *dar definiciones y reglas*, no se trata de *dar nombre* á las cosas.

Veamos el significado de algunas voces empleadas en el artículo 1.º, para conocer mejor su alcance y su bondad.

Definir es hacer conocer el sentido de una voz, decir lo que significa, exponer con claridad la esencia, naturaleza ó cualidades de la cosa que esa voz designa.

Llamar es nombrar, intitular, dar voces.

Contienda es pelea; disputa, debate, cuestión, controversia, batalla.

Suscitar es mover la primera vez, remover una cuestión; promover, excitar.

Suscitada es promovida, excitada.

Promover es dar impulso, activar, mover primero.

Excitar es incitar, mover, estimular.

Entre denota el lugar ó posición relativa de una cosa; signi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

fica *en*, en medio, en el número de: "entre tal calle y tal casa."

Parte en el foro es el litigante, la persona que figura ó interviene en un juicio.

Someter es colocar, meter algo debajo de otro algo; juzgar, avasallar, dominar, humillar.

Resolución es la acción y efecto de resolver; decisión, determinación; sentencia, ánimo, valor.

Redactemos el artículo 1.º colocando, en lugar de las voces empleadas, el significado de ellas, que sea más propio y que se acerque más á la materia de este Código. El artículo 1.º saldría así: "Se nombra" juicio todo "debate" "promovido" "en medio de" "litigantes" y "colocado debajo de" la "decisión de un tribunal."

Salta á la vista el mal efecto que produce la definición del artículo 1.º Ella principia por usar el verbo *llamar*, como si se estuviera dando nombre á las cosas y no definiciones de ciertas palabras. El artículo 1.º debería contener la definición de la voz *juicio*, y principiar por decir lo que *es* juicio y no por decir lo que *se llama* ó se nombra juicio. En ninguna legislación se define usando la voz "llamar".

La versión del artículo 1.º, transcrita más arriba, nos demuestra que la definición es mala, porque es incorrecta en su esencia y en su forma, como vamos á demostrarlo.

Ella no cuadra ni al juicio ordinario, ni al ejecutivo, ni á las querellas, ni á los demás juicios.

Es definición general y por inducción sacamos que sólo se refiere á los juicios contenciosos. Por su forma es definición general y por su esencia es particular, especial; pues no comprende los juicios no contenciosos.

Es necesario comprender en la definición de la dicción *juicio*, tanto el contencioso, como el no contencioso, ambas especies de juicios.

El contencioso principia con la acción deducida, con la demanda ó petición primera. Se traba (ó se agarra, ó echa trabas ó amarras), con la defensa ó contestación. Termina con la sentencia ó con la concesión ó negación de lo pedido. En esta clase de juicio hay tres situaciones, ó períodos, ó estados: 1.º, iniciado; 2.º, trabado, y 3.º, decidido ó resuelto. Así se dice *juicio iniciado*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

antes de estar contestado, *juicio trabado* cuando se ha contestado á la demanda, y *juicio decidido* cuando se sentencia. Con la demanda nace el juicio, y con la sentencia fenece ó termina.

En estos juicios hay dos partes regularmente, también suele haber una sola por excepción y también tres.

El juicio no contencioso principia por la petición ó demanda, no tiene más que una parte ó un litigante; no hay contradictor; termina con la sentencia ó con la concesión ó no concesión de lo demandado ó pedido.

Demandar es igual á *pedir; demanda* en general es lo mismo que *petición; demandante*, que *pidiente*.

Si la petición, que es materia de un juicio no contencioso, encuentra oposición, se traba el debate judicial, la controversia, y el juez, dirigiéndola, la decide al fin. En este caso el juicio no contencioso, se torna contencioso.

Es de la esencia de todo juicio: 1.º, que haya un litigante; puede haber dos; 2.º, que sea una cuestión presentada á un juez; porque, si ella no se provoca ante un juez, no es juicio, por más que tenga los caracteres de un juicio.

Además, no toda cuestión presentada ante un juez es un juicio, sólo es tal la cuestión principal; los incidentes, que son cuestiones secundarias ó accesorias, no son juicios.

Después de lo expuesto, fluyen como parte esencial de un juicio la discusión en todos y la contradicción en algunos, la dirección que imprime el juez á la discusión, y la sentencia que pone término al juicio, que lo resuelve.

Antes de concluir, llamaremos la atención al uso metafórico de la voz *tribunal* en lugar de la voz *juez*. *Tribunal* es el sitio ó lugar donde se administra justicia y se sentencia. *Juez*, la persona revestida de jurisdicción para administrarla.

La Comisión ha preferido la palabra *tribunal* para adaptar esta Ley á la terminología de la Ley de Organización de los Tribunales, sesión 1.ª

Preferimos la voz *juez*: 1.º, por ser mas correcta y para no emplear una voz en sentido metafórico; y 2.º, para adoptar esta Ley á la terminología del Código Civil, del cual la Ley de Enjuiciamiento no es sino su complemento. Pienso que en materia

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de redacción es más digno de imitación el Código Civil que la Ley Orgánica citada.

Sostienen algunos que el juicio comienza desde la contestación de la demanda. Éste es también el sistema que prevalece en la actual legislación y en la enseñanza oficial.

Somos de parecer que comienza en la demanda, porque esta es la base y la parte capital de un juicio, y porque, desde que ella se presenta, rigen las disposiciones de enjuiciamiento. Si el juicio principiase desde la contestación, desde entonces sólo se aplicarían dichas disposiciones, lo que no se ve en la práctica. El juicio se traba con la contestación; pero no empieza con este acto.

Según lo expuesto, el artículo 1.º debería quedar redactado en esta forma:

"ARTÍCULO PRIMERO. *Juicio* es toda cuestión principal que se presenta á un juez, quien dirige sus trámites y la resuelve."

"Es *contencioso* y *no contencioso*."

Lo que dirige el juez no es la cuestión sino la discusión, los trámites á que la ley la sujeta.

"ART. 2.º Acción es el derecho deducido en juicio."

Si en lugar de la voz *juicio* ponemos en este artículo la definición dada en el artículo 1.º del Proyecto sale un contrasentido, lo que nos demuestra que es mala la redacción del artículo 2.º Según ella, no habría acción en los juicios no contenciosos, ni la habría al demandar, desde que el juicio definido en el Proyecto nace con la contestación de la demanda, y antes de ella no hay juicio.

Con la definición dada más arriba á *juicio*, queda bien el artículo 2.º en un punto. *Deducir* es inferir, sacar una consecuencia; en el foro es alegar, exponer defensas ó acciones.

De los derechos reales nacen las acciones reales, (artículo 577 del Código Civil); y de los derechos personales nacen las acciones personales, (artículo 578 del mismo Código).

La acción existe en juicio y fuera de juicio. En el primer caso se le llama *acción judicial*, porque la hacemos valer ante un juez: de modo que la acción toma el carácter de judicial, desde que se inicia ó ejercita ante un juez. En el segundo caso se le llama simplemente acción.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La definición del artículo 2.º es general y da á entender que no hay acción fuera de juicio, lo que es un error, pues la hay fuera.

Acción, en general, es el ejercicio de un derecho, ó bien, el medio de hacer efectivo ese derecho. *Acción*, en particular, *en juicio*, es el derecho ejercido ante un juez.

En el Código de Enjuiciamiento sólo se trata de la acción judicial; en esta materia definimos la voz *acción* así:

"ART. 2.º *Acción* es el derecho deducido ante un juez." Aquí hacemos prevalecer la realidad antes que las ficciones del Derecho.

"ART. 3.º La persona que deduce un derecho en juicio se llama actor ó demandante; y la persona contra quien se deduce, reo ó demandado."

La frase "deduce un derecho en juicio" puede ser reemplazada por la frase "ejerce su acción", que es más lacónica y concisa. *Derecho en juicio* es equivalente á *acción* ya definida, y debe ser reemplazada por esta voz.

La dicción *un* da una generalidad muy extensa á la disposición, abarca lo que no debe comprender. Un procurador deduce un derecho, y, no obstante, no es actor; debería limitarse el alcance de la definición quitando el artículo indeterminado *un* y empleando el posesivo *su*.

La *acción* es un algo *propio* del demandante. Para indicar esta idea esencial *de pertenencia* se usa del posesivo *su*. El adjetivo *un* induce á error evidente, pues comprende más que lo definido.

Se llama debe suprimirse por lo dicho respecto á este verbo en el artículo 1.º

Á fin de armonizar en lo posible el lenguaje común con el forense, sólo empleamos la voz *demandante* por *actor* y *demandado* por *reo*. *Demandante* y *demandado* son voces forenses exclusivamente españolas y son las únicas que usa la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, de 5 de octubre de 1855. *Actor* y *reo* son voces forenses, derivadas del latín y traídas del Derecho Romano. Preferimos aquéllas á éstas.

Reo es el que comete una acción penada, y se aplica al juicio civil y al criminal. Es más propio su empleo en lo criminal, por

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

eso desterramos en absoluto su uso en lo civil. Podría quedar así el

"ART. 3.º *Demandante* ó actor es el que ejerce su acción, *demandado* el contra quien se ejerce."

"ART. 4.º Se llaman excepciones los medios de defensa alegados por el reo para retardar la entrada en el juicio ó para destruir la acción y poner fin á la demanda."

Debe desterrarse el *se llama*, porque se está dando definición y no dando nombre. Debe emplearse el singular y no el plural de *excepción*.

Dos son los efectos que producen las excepciones: unas producen uno, y otras, otro diferente; hay, pues, dos órdenes de efectos; pero una no produce los dos efectos, porque son de naturaleza diametralmente opuesta.

En la definición contenida en el artículo 4.º se expresa, como esencia de ella, los dos grupos de efectos, lo que hace impropia la definición, porque una excepción no produce indistintamente esas dos clases de efectos.

Unas se alegan "para retardar la entrada en el juicio." Las dilatorias.

Entrada es introducción, metida, mezcla dentro de algo, abertura, puerta. El uso de esta voz es impropio: los juicios no tienen entrada.

El objeto *determinante* de una excepción puede ser ó para evitar una nulidad, ó para no ser enredado en una tramitación inútil y sin resultado positivo, ó para hacer que se llenen las formalidades que faltan, ó para demorar el juicio; pero en último resultado, el objeto *final* de toda excepción propuesta en este sentido, es demorar la causa ó el pleito. Sea que se propongan estos medios de defensa con un fin bueno ó con un fin malo, el hecho es que con ellos se alarga el juicio. Éste es un efecto que produce cierto número de excepciones. Como queda deslindado, no debe confundirse el objeto determinante con el objeto final de algo.

Otras se alegan "para destruir la acción y poner fin á la demanda." Las perentorias.

Destruir es deshacer, devastar, aniquilar. Una excepción ni deshace la acción ni la demanda; porque lo hecho queda siem-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pre subsistente. Tampoco pone fin á la demanda, porque la discusión se produce, la demanda sigue adelante hasta que llega la sentencia, la cual otorga ó nó lo pedido en la demanda. La sentencia pone fin al juicio y á las partes del juicio, como lo es la demanda. Si no se da lugar á la excepción en la sentencia, ni destruye la acción ni le pone fin; y sin embargo de esto, siempre existe excepción alegada, por más que no produzca efecto alguno.

Los medios de defensa aducidos en la contestación por el demandado, se oponen para contrarrestar la acción entablada, para enervar el derecho ejercido, ponerle obstáculos, y hacen adelantar el juicio en todo caso.

Una excepción puede ponerse antes ó después de trabada la litis ó de contestada la demanda. Para que exista, debe formularse ante juez.

Una cuestión ó discusión no puede tener entrada: se puede sí tomar parte en ella.

El artículo 4.º toma *demanda* en el sentido de *acción;* es un uso metafórico; se nombra el continente por el contenido; no debe sancionarse tal uso. *Demandar* es pedir, rogar. *Defender* es amparar, proteger; mantener; vedar, prohibir; poner obstáculos.

Cuando se pretende que se subsane un defecto de la acción deducida ó que se demande ante juez competente, se prohibe que el juicio marche, se pone obstáculos para que avance. En estas cuestiones incidentales se defiende.

Quitando de la definición los defectos apuntados, podría redactarse así el

"ART. 4.º *Excepción* es una defensa hecha ante un juez por el demandado.

"Si la defensa alarga el juicio, la excepción es *dilatoria;* si contrarresta la acción ejercida ó la contesta, la excepción es *perentoria.*"

"ART. 5.º El juicio es ordinario y extraordinario.

"Es ordinario el que está sujeto á los trámites generales establecidos por la ley.

"Es extraordinario el que está sujeto á trámites especiales, que las leyes tienen también determinados."

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La circunstancia de estar los trámites determinados por la ley, está dicha en ambas clases de juicio; no es ella un distintivo, ni es de la esencia de los juicios. Por consiguiente, deben quitarse de la definición las frases "establecidos por la ley" y "que las leyes tienen también establecidos," que son sinónimas.

La diferencia en estos juicios está en la tramitación: en unos es más larga, en otros es más corta. En la tramitación ordinaria van la generalidad de los juicios; en la extraordinaria, cierta clase de juicios. *Ordinaria* es lo mismo que *común*, y *extraordinaria* lo mismo que *especial.*

Podría quedar en esta forma el

"ART. 5.° Juicio *ordinario* es el que se tramita según un procedimiento largo.

"*Extraordinario*, el que se tramita según un procedimiento más corto."

El primero es la regla general; el segundo la excepción.

"ART. 6.° Toda contienda que no tenga señalada por la ley una tramitación especial, deberá resolverse en juicio ordinario."

Este artículo nos sugiere las siguientes observaciones:

La voz "contienda" no tiene un significado legal ni forense; en su acepción propia significa "cuestión", "debate"; y comprende, tanto una cuestión contenciosa, como una no contenciosa.

Según la actual redacción, tendríamos que dar á ciertas cuestiones no contenciosas una tramitación larga, de juicio ordinario, cuando esa tramitación no cuadra con la naturaleza é índole breve de tales cuestiones.

El precepto de este artículo abarca más que la materia á que se refiere.

Para evitar esa anfibología de la palabra "contienda" se puede emplear en su lugar la frase "petición con contradictor" ó "juicio contencioso".

En el momento en que se presenta al juez una petición, éste tiene que resolver qué trámites se le den.

En el artículo 6.° del Proyecto debe contemplarse el caso de un juicio contencioso que se ha quedado el Legislador sin señalarle trámites y para este caso se da la regla que él contiene; pero hay que consignarla en términos claros y sin ambigüedades. Se trata, pues, de trámites, de la dirección que el juez debe

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dar á la controversia. No se trata de resolución ó sentencia, como lo significa la voz "resolverse" de que nos ocuparemos.

Resolver en juicio es decidir, fallar, desatar en juicio, dar sentencia en tal asunto; mientras que no es ésta la idea del Legislador, como queda demostrado.

Para decir en buen español la idea que se ha querido significar en este artículo, se hace preciso poner en lugar de "resolver en" la frase "darle la tramitación de", ó como dice el artículo 221 de Ley de Enjuiciamiento Civil Español citada, "ser ventilada en".

El Proyecto y la Ley Española adoptan una redacción en forma pasiva, haciendo de sujeto "el juicio que ha quedado sin trámites." Es indispensable cambiar la redacción y principiar por el atributo haciendo á ese juicio, dativo ó complemento indirecto, que es lo lógico.

En vez de la dicción "especial" ponemos "dada" para comprender la tramitación ordinaria ó general, y la extraordinaria ó especial.

El caso á que se refiere este artículo debe ser algo de poco valor y muy raro; por consiguiente, creemos que se consulta el interés de las partes y el bien público limitando la tramitación de él á las formalidades esenciales del juicio ordinario. Esta idea se expresa en la redacción que proponemos y que creemos más lógica y más ajustada á la realidad. Ella dice así:

"ART. 6.° Se dará los trámites esenciales del juicio ordinario á toda petición contenciosa, que no tenga señalada por la ley una tramitación dada."

"ART. 6.° bis. Son aplicables á los juicios extraordinarios los trámites ó reglas del ordinario, en cuanto no estén sujetos á trámites ó reglas especiales.

"De la misma manera, siempre que este Código prescriba la práctica de una actuación en los diversos juicios en que se ocupa y no descienda á determinar la forma de evacuarla, deberá practicarse con arreglo á lo que expresa en el juicio ordinario."

La idea consignada en el inciso 1.° de este artículo está ya expresada en el artículo precedente, con la diferencia de que es más comprensivo el artículo que el inciso; este inciso debería

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

suprimirse por redundante, pues la concisión es un elemento necesario en un Código. Si contra toda razón se conservase, debería quitársele la frase "ó regla" por pleonástica, pues nada añade á lo que queda del inciso.

"Actuación es", según Escriche, "la redacción ó instrucción del proceso," y en sentido forense, según Diccionarios de la Lengua, "es la acción y efecto de actuar, formar autos judicialmente." No tiene la significación que le da el señor Lira en su PRONTUARIO.

Esta voz no exprime la idea que se ha querido expresar en el inciso 2.º de este artículo.

Se trata del caso en que haya de practicarse diligencias judiciales, como notificaciones, cedulones, avisos, carteles, exhortos, etc. y de poner constancia de ellas en el proceso en un juicio extraordinario; y como esta ley, tratando estos juicios, no consigna la forma de esas diligencias en cuanto á efectuarlas y en cuanto á consignar su constancia en autos, se llena ese vacío ordenando que se hagan y se anoten, conforme, respecto de ellas, está mandado en el juicio ordinario.

Como el artículo anterior, este inciso 2.º trata de llenar una deficiencia; debe pues, ponerse como inciso del dicho artículo, por tratar de materia que se complementa una á otra.

En el inciso 2.º ponemos en lugar de "actuación", "diligencia judicial". Suprimimos "de la misma manera" por no agregar idea alguna útil. La primera parte del inciso se refiere al juicio ordinario, y al extraordinario, por lo general de sus términos "diversos juicios"; no obstante, sólo debe referirse al extraordinario, porque respecto al ordinario no hay necesidad de comprenderlo, pues es claro que debe sujetarse á las reglas de esa clase de juicios. Debe hacerse desaparecer esta ambigüedad. Podría redactarse así el inciso 2.º:

"Siempre que haya de hacerse una diligencia judicial y de poner constancia de ella en el proceso, en un juicio extraordinario, se practicará y anotará conforme, respecto de ella, se preceptúa en el juicio ordinario."

En esta redacción contemplamos dos situaciones, dos hechos diversos: el hacer una diligencia, *evacuarla*, y el poner constancia de ella en los autos, *anotarla*, ponerla por escrito. En la re-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dacción del Proyecto sólo se comprende el hecho de evacuarla y no el de anotarla.

"ART. 7.° Si durante el curso de un juicio falleciere una de las partes que hubiere estado obrando por sí misma, el juicio quedará por el mismo hecho suspenso y su estado se pondrá en conocimiento del heredero ó herederos del difunto para que dentro del término legal comparezcan á obrar en forma correspondiente".

Este artículo debe estar en el título 19. "Abandono de la instancia." Él trata de un caso de *suspensión* de los trámites ó curso de un pleito; no contiene *definición* ni *regla*, que rija el procedimiento de un juicio; por lo tanto, no es ésta su colocación.

Hemos dicho que el curso de un juicio principia con la acción deducida y termina con la sentencia. Si la muerte ocurre en este último período, el estado de sentencia, el juez ¿suspenderá su trabajo? ¿perderá su estudio?—Pensamos que nó; porque con la suspensión se perdería esa labor y nadie ganaría nada, ni el interés privado ni el público; habría pérdida y no ganancia. Luego, la disposición del artículo 7.° no debe ser tan extensiva, no debe comprender este caso y debe limitarse á casos concretos y convenientes.

El fallecimiento del litigante que sigue el juicio por sí, y no por procurador, es lo que motiva la suspensión del litigio, que no ha llegado al estado de sentencia según lo ya dicho. La voz "fallecer" comprende sólo la muerte natural y debe usarse la dicción "muerte" para comprender la natural y la civil, pues á ambas alcanza el caso contemplado en este articulo 7.°

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

JUICIO DE NULIDAD DE UN MATRIMONIO CIVIL

Con fecha 22 del próximo pasado abril, se ha expedido por un juzgado de letras de esta ciudad la primera sentencia que conocemos de nulidad de un matrimonio civil; y como esa sentencia quedará sin apelación probablemente, por conformarse á los intereses de demandante y demandada, haremos una ligera reseña de sus antecedentes.

En 21 de mayo de 1887 contrajeron matrimonio civil don Luis Taddey y doña Adolfina Hausner. Acaeció, no obstante, que en las diligencias preliminares á la celebración, declaró la esposa que había tenido su residencia, durante los últimos tres meses, en la calle del Carmen número 36, y por tanto, el matrimonio se verificó ante el oficial civil de la tercera circunscripción de esta ciudad.

Acreditóse, no obstante, en el juicio y con prueba testimonial, que la referida esposa no había vivido sino un mes y veinte días antes del 21 de mayo de 1887 en la citada residencia, por lo cual era procedente la acción de nulidad del matrimonio, á virtud del artículo 31 de la ley de 10 de enero de 1884; y el juzgado de letras dió lugar á la nulidad.

La consideración de este caso de aplicación de nulidad de matrimonio civil hará pensar, sin duda alguna, á nuestros Legisladores en el vacío que se nota al respecto de él en la ley de 1884. No es posible que los contrayentes saquen partido con tanta facilidad de una causal de nulidad que ellos mismos han producido, aprovechándose de ella en virtud de la prescripción según la cual los mismos presuntos cónyuges pueden, en este caso, alegar la nulidad.

Ni está demás recordar aquí lo dispuesto en el artículo 384 del Código Penal.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

JUICIO CORTÉS-OVALLE

La atención pública se ha preocupado en el pasado mes de abril de la sentencia dictada el 10 de ese mes en este valioso litigio por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Emitiremos algunas observaciones de interés general y legal en este asunto, que juzgamos de grave importancia.

La sentencia de primera instancia, de fecha 21 de mayo de 1887, declaró haber lugar á la demanda de los señores Corteses en cuanto por ella se pide la nulidad de todos los actos practicados por don Ruperto Ovalle Vicuña *como apoderado de don Felipe Eugenio Cortés* con posterioridad á la DEMENCIA de éste, la cual, para los efectos legales, *se considerará* que atacó al señor Cortés *de una manera definitiva el 1.º de enero de 1883*, quedando desde este día inclusive absolutamente incapaz para toda clase de actos y contratos. Y en conformidad á lo pedido en la demanda, declaró especialmente nulos dos contratos de prórroga de arrendamiento de propiedades que llevan fecha de septiembre y octubre de 1883 y desechó las demás peticiones de los litigantes.

La Corte de Apelaciones, á su vez, viendo en apelación la sentencia anterior, la confirmó *con declaración* de que há lugar á la demanda en todas sus partes, y que, en consecuencia, son nulos los *contratos celebrados por ó á nombre de don Felipe Eugenio Cortés* á que se refiere dicha demanda. Para esta conclusión estableció el hecho de que la demencia del señor Cortés *remonta al año de 1879*.

Nótese desde luego que la Corte no dice el día de 1879 desde el cual se cuenta la declaración de demencia. En primera instancia, se ha visto, se fija el 1.º de enero de 1883 á virtud de informes que en el criterio del juzgado autorizaban aquella presunción; pero la Corte tuvo á bien ir más lejos y presumió discrecionalmente que remontaba la tal demencia á 1879, sin expresar el día en que ella hubiera atacado al señor Cortés *de una manera definitiva*.

Nuestros lectores convendrán en que es muy grave declarar

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

demente á un ciudadano extranjero, residente desde más de veinticinco años atrás fuera de Chile y en un país diverso del suyo. Las dificultades de información acrecen con la distancia; y cuando el que desapasionadamente se impone de la prueba producida en este juicio llega á convencerse de lo intenso de aquellas dificultades, no es impertinente llamar la atención pública á la necesidad de que las leyes establezcan procedimientos eficaces que debieran seguirse de oficio por los tribunales chilenos.

Sin embargo, en el caso de demencia, el artículo 460 del Código Civil ordena al juez *se informe* por sí de la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente, y oiga el dictamen de facultativos *de su confianza* sobre la existencia y naturaleza de la demencia.

Las deducciones de esta disposición, aplicada al caso que nos ocupa, no escapan á la penetración de los espíritus imparciales.

Pero para concluir de demostrar que el Legislador chileno ha sido muy cauto en esta materia y también equitativo y lógico, no sólo tratándose de las garantías acordadas á los terceros, sino aún en punto á la incapacidad por causa de demencia, es oportuno recordar el artículo 465 del citado Código, según el cual los actos y contratos del demente, posteriores al decreto de interdicción, serán nulos, aunque se alegue haberse ejecutado ó celebrado en un intervalo lúcido; y por el contrario, los actos y contratos ejecutados ó celebrados sin previa interdicción, serán válidos, á menos de probarse que el que los ejecutó ó celebró estaba entonces demente.

Contrariando esta salvadora disposición, la Corte de Apelaciones declara sin vacilación de ningún género nulos todos, absolutamente todos los contratos celebrados *por ó á nombre de* don Felipe E. Cortés desde la fecha indeterminada de 1879 hasta su muerte, comprendiendo así muchísimos otros, fuera de los que tienen relación con don Ruperto Ovalle. Queda así abierta una brecha por la cual pueden penetrar todos los contratantes ó terceros á quienes convenga alegar la nulidad, perturbando quizá intereses que se creían perfectamente amparados y seguros.

La declaración de la Corte, como se ve, es de carácter gene-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ral, porque establece nulidades amplísimas en que caen posiblemente actos ó hechos no ventilados en este juicio; y no se concreta, como debiera ser, exclusivamente á los contratos que han sido materia de la litis y á que se extendía su jurisdicción.

Ahora bien, para alejar, como lo hubiéramos deseado, toda vez que respetamos y acatamos por nuestra profesión y nuestro carácter de periodistas y de ciudadanos sometidos á la ley, los fallos de los tribunales, para alejar, decíamos, esa declaración general, ¿qué inconveniente habría habido en referirse á los contratos respecto de los cuales se trabó la litis, declarando su validez ó nulidad por estar ó no demente el señor Cortés en el momento de celebrarlos, ó como dice el Código, por estar ó no ENTONCES demente?

Parece, por tanto, que no ha andado del todo descaminado el abogado del señor Ovalle al expresar en su escrito de nulidad que en segunda instancia este juicio ha sido fallado constituyéndose el tribunal en jurado.

Mientras tanto, por parte del demandado se ha probado de una manera irrefragable que don José R. Cortés, primer demandante, estuvo en relaciones de negocios con su padre, á quien para este efecto no consideró loco, en las fechas mismas en que la Corte le declara tal, y que doña Constanza Cortés de Osma, segunda demandante, también estimó apto á su padre para contratar, comprándole un fundo y confiriéndole ciertos mandatos. Sin duda alguna, por consiguiente, en concepto de sus propios hijos, don Felipe Eugenio Cortés no estaba demente.

Como si esto no fuera bastante, se presenta á la consideración imparcial de los estudiosos un hecho más revelador y decisivo. Se sabe que los señores Corteses celebraron con el señor Ovalle, en noviembre de 1882, un contrato de transacción, según el cual, entre otras importantísimas cláusulas, se reconocía la vigencia de los contratos de arrendamiento celebrados por don Felipe Eugenio con el señor Ovalle. ¿Cabe una demostración más satisfactoria de que el arrendador no estaba loco, puesto que sus propios hijos reconocían el valor indisputable de los contratos, y esto no lo habrían hecho, si su padre se hubiera hallado, en efecto, en esa pretendida imposibilidad física?

Lo declaramos: ninguna prueba habría podido influir mejor

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en el ánimo de un Tribunal que estos hechos concluyentes, establecidos por los propios demandantes, y que hacen fuego contra sus mismos intentos.

Aun la prueba médica no cede en importancia á esas confesiones. En materia de demencia, la medicina no ha llegado aún á conclusiones definitivas. Ni aún podría sostenerse que concurrieran en el señor Cortés aquellos requisitos que, en concepto de los más aventajados y modernos profesores de la ciencia médica, constituyen la demencia.

Así, según Taylor, en su TRAITÉ DE MÉDÉCINE LÉGAL, y Littré y Robin, en su DICTIONNAIRE DE MÉDÉCINE, la demencia consiste en un debilitamiento más ó menos completo de la inteligencia. Cuando es confirmada, hay ausencia completa del poder de razonar é incapacidad de percibir las verdaderas relaciones de las cosas. El lenguaje es incoherente: el enfermo habla sin conciencia de lo que dice; la memoria se pierde y algunas veces la misma frase ó la misma palabra son repetidas durante un gran número de horas seguidas.

¿Había llegado el señor Cortés á estos extremos? Véanse los informes, contestaciones y declaraciones de los médicos, que aparecen en la sentencia de primera instancia.

Es natural que no teniendo la medicina principios fijos en la materia, no haya conformidad en las apreciaciones técnicas, ni valgan mucho por tanto estos juicios, tratándose de hechos desconocidos en que se recurre de ordinario á presunciones.

Así, pues, en el informe que tanta fuerza ha hecho á la Corte, de 22 de diciembre de 1883, firmado por los médicos Vulpian, Hardy, Charcot y Labric (fs. 468), éstos declaran que don Felipe Eugenio Cortés "se encuentra atacado de una afección espinal que *data de* DOS *ó* TRES *años atrás* y que además *presenta* (en gramática, presente de indicativo), los caracteres más indiscutibles de una demencia senil, en la cual los síntomas principales consisten en un debilitamiento considerable de la memoria y *en general* de las facultades intelectuales."

Mientras tanto, el mismo Charcot sostiene científicamente que aunque la afección espinal databa de dos ó tres años "*no hay una correlación necesaria* entre la afección espinal y la demencia," y que es muy difícil asignar un momento preciso

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

al principio de la enfermedad. Lo mismo dicen Vulpian y Labric.

Hé aquí á los profesores de medicina estableciendo proposiciones categóricas y á la vez simples presunciones. Había una afección espinal; pero que ésta exista no es una condición precisa de la demencia. En esto están conformes. ¿De dónde presumir entonces que el señor Cortés estaba loco desde 1879?

Y ¿dónde está lo *habitual* de la demencia, conforme á la expresión del Código Civil de Chile? Pues es curioso que mientras los médicos presumen lo que se les ocurre acerca de la vida física del señor Cortés, éste ejecutaba sus actos y contratos con entera voluntad, con sus propios hijos y con los extraños.

¿Cómo, por otra parte, pueden los tribunales de un país dar valor á declaraciones médicas de personas que no vieron al supuesto enfermo en los años de que se trata y que emiten dictamen con vaguedad, sin fijar tiempo preciso y expresando ellos mismos que la afección física no implica necesariamente la afección moral?

Nos referimos, por lo demás, al escrito en que se instaura el recurso de nulidad y que recomendamos á nuestros lectores. En él se desvirtúan por completo los dos considerandos, únicos que puso el Tribunal de alzada en su sentencia de abril último.

Útil es insistir en las deficiencias de la medicina, en su estado actual, aun para clasificar las enfermedades mentales. Dos eminencias de la ciencia mental, Ball y Luys, se combaten decididamente entre sí en orden á la base de la clasificación, pues mientras el primero las funda en la *etiología*, ó sea, la causa productora de la enfermedad, el segundo las apoya en los síntomas y en las lesiones anatómicas.

La llamada demencia senil no es tampoco propiamente demencia, sino lo que se denomina chochez, esto es, ese estado en que se halla el hombre en la última parte de su vida que se traduce por caprichos ó predilecciones. Y como se sabe, don Felipe Eugenio había nacido en 1810.

Ofrecemos tener á nuestros lectores al corriente del resultado de este interesante litigio, pendiente hoy de la resolución de la Corte Suprema, en cuanto al recurso de nulidad entablado.

Las observaciones formuladas serán útiles, así lo esperamos,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

para inducir al criterio público á una apreciación correcta en tan interesante negocio. En materias jurídicas no deben tener cabida las impresiones: son los principios, es un atento estudio de los antecedentes, los hechos y los preceptos legales lo que conduce á la formación del juicio imparcial y verdadero.

No hemos entrado en detalles sino cuando lo hemos estimado absolutamente necesario porque necesitábamos dar á estas líneas el tono que les corresponde en esta REVISTA; y quedaríamos satisfechos, si se hallase en ellas algún interés científico.

LA REDACCIÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—1. Proyecto de Código Marítimo, *redactado por orden del Gobierno*, por el abogado don J. Joaquín Larraín Zañartu, un vol. de 186 págs., Imp. Nacional, Santiago. Este proyecto consta de 380 artículos, y está dividido en un título preliminar, que trata de la constitución y deberes del poder marítimo; de una parte segunda, que contiene disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables y las penas; de un libro segundo, sobre crímenes, simples delitos y penas; de un libro tercero, cuyos títulos tratan de la justicia marítima, su organización y atribuciones; de un libro cuarto, acerca de los procedimientos judiciales; y de algunas disposiciones generales. Cada artículo lleva al margen su concordancia ú origen. No anticiparemos nuestra opinión sobre este proyecto, hoy sometido á una comisión revisora nombrada por el Gobierno, y nos limitaremos á agradecer su atención al autor.—2. Comentarios y concordancias del Código de Minería vigente con las legislaciones extranjeras, por don J. Joaquín Larraín Zañartu, un vol. de 244 págs., Imp. Cervantes, Santiago. Este trabajo merece por nuestra parte las mismas apreciaciones que hemos formulado acerca de la utilidad é importancia de sus análogos sobre materia de minería, de que hemos dado cuenta en nuestros números anteriores.—3. Geografía política de Chile, *ó sea, recopilación de leyes y decretos vigentes sobre creación, límites y nombres de las provincias, departamentos, subdelegaciones y distritos de la República, Talca á Tacna*, tomo segundo, por don Aníbal Echeverría y Reyes, un vol. de 455—XXVIII págs., Imp. Nacional, Santiago. Contiene además un índice general y uno alfabético y un Apéndice sobre el departamento de La Laja, posterior al tomo primero de la publicación.

REPÚBLICA ARGENTINA.—1. Revista Jurídica de Buenos Aires, años III, IV y V; tres tomos completos. Continúa siendo un dignísimo órgano del notable Centro Jurídico y de Ciencias Sociales de esa capital por lo escogido de su material y la excelencia de su dirección.—2. Revista Nacional, de Buenos Aires, dirigida por don Adolfo P. Carranza, y consagrada á la literatura, la historia americana y la jurisprudencia. Acusamos recibo de los tomos V, VI y VII.—3. Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino, por

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

don Baldomero Llerena, tomos primero, segundo y tercero (500–558–500 páginas), Buenos Aires, Carlos Casavalle, editor, Imp. y Lib. de Mayo, 1888. Con atento y honroso autógrafo del autor, distinguido jurisconsulto de Córdoba, hemos recibido esta obra, cuya consulta nos ha dejado las mejores impresiones. Hay en ella un conjunto de datos y de estudios jurídicos tan copioso como interesante. La parte publicada comprende dos mil trescientos y tantos artículos del Código Civil, y éste tiene cuatro mil cincuenta y uno. El esfuerzo intelectual y de paciencia que ella revela es, de consiguiente, considerable, y es justo sea apreciada por sus compatriotas como lo merece. Con toda sinceridad, por nuestra parte, enviamos nuestras felicitaciones y aplausos al laborioso é inteligente jurisconsulto argentino, con nuestra expresión de aliento para la prosecución y término de su obra, que es un verdadero monumento que levanta en honor del acreditado Código de su patria y de la jurisprudencia argentina.—4. CONDICIÓN JURÍDICA DE LA MUJER, por don Osvaldo M. Piñero, un vol. de 359 págs., Imp. de P. E. Coni é hijos, Buenos Aires. Precioso libro en que se dilucidan los problemas jurídicos relativos á la mujer en las diversas clases del Derecho Civil. Participamos de muchas de sus opiniones en el terreno filosófico y práctico y estimamos que el autor ha prestado un positivo servicio con su libro á la causa de las buenas ideas en puntos tan trascendentales y tan á menudo discutidos. Nos es grato, por tanto, recomendarlo á los escritores de Derecho de nuestro país, agradeciendo al autor la benevolencia de favorecernos con la atención de enviárnoslo.—5. DELITOS DE IMPRENTA, por don Osvaldo M. Piñero, un vol. de 108 págs., Comp. Sud-Am. de Billetes de Banco, Buenos Aires. Otro interesante trabajo del señor Piñero, uno de los abogados más laboriosos y distinguidos de la metrópoli del Plata.—6. LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS, por don Francisco Medina, con una introducción por el doctor don Adolfo E. Dávila, un vol. de 294 págs., Félix Lajouane, editor, Buenos Aires. Trata las siguientes materias: Noción histórica. Diversas clases de sociedades cooperativas. Legislación comparada. Necesidad de revisar nuestra legislación comercial. Naturaleza de la sociedad cooperativa. Formación del capital social. Relaciones de la sociedad y sus miembros. Reglas en favor de los terceros. Actualidad de la cooperación en Europa. La cooperación en la República Argentina.—Por la precedente exposición se comprenderá la importancia de este libro, que contiene datos y desarrollos preciosos sobre objetos económicos tan interesantes para la prosperidad comercial argentina. Nuestros aplausos al autor y nuestros votos por la realización

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de sus teorías y doctrinas en beneficio de su patria.—7. Nuestro ilustrado compañero y amigo don Adolfo P. Carranza ha tenido á bien obsequiarnos con las obras y publicaciones jurídicas que detallamos á continuación y de que le acusamos recibo expresándole nuestro sincero reconocimiento. *(A)* Código Civil Argentino, edición de Pablo E. Coni, 1872.—*(B)* El mismo, edición de Félix Lajouane, 1888.—*(C)* Organización del Registro del estado civil, por don Luis V. Varela, 1874.—*(D)* Estudios sobre las leyes de tierras públicas, por don Nicolás Avellaneda, 1865.—*(E)* Curso de Derecho Internacional Público, por don Amancio Alcorta, tomo I, 1887.—*(F)* Seis volúmenes empastados de tesis presentadas á la Universidad de Buenos Aires sobre diversas materias de Derecho y otras ciencias.—*(G)* Cuarenta y cuatro tesis universitarias sobre Derecho Civil Argentino.—*(H)* Diecisiete id. sobre Derecho Mercantil.—*(I)* Cuatro id., sobre Derecho Administrativo.—*(J)* Tres id., sobre Derecho Natural.—*(K)* Siete id., sobre Enjuiciamiento Civil y Criminal.—*(L)* Ocho id., sobre Derecho Penal.—*(LL)* Tres id., sobre Derecho Internacional.—*(M)* Censo Escolar Nacional, correspondiente á fines de 1883 y principios de 1884, tomos I y II, población escolar y estadística, compilados bajo la dirección de don Francisco Latzina.—*(N)* Primer censo general de la provincia de Santa Fe, dirigido por don Gabriel Carrasco, tomo I, censo de la población.—*(O)* Messagé du Gouverneur de la province de Santa Fe aux honorables Chambres Législatives, 1888.—*(P)* Memoria presentada a la Legislatura de Buenos Aires por el Ministro de Gobierno don Francisco Seguí, 1887-88.—*(Q)* Y veinticinco opúsculos diversos, informes, polémicas, leyes, decretos, memorias, debates judiciales, ensayos históricos, etc.

La Dirección

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SUMARIO GENERAL DEL TOMO CUARTO

SECCIÓN EDITORIAL

Asuntos varios.—Introducción del presente tomo, pág. 5. — La abolición de la esclavitud en el Brasil, pág. 5.—Academia de Leyes, página 321.—Boletín de la Academia de Leyes de Santiago, pág. 385.—Unión Ibero-Americana, pág. 449.

Notas Editoriales.—La translación á Valparaíso de los restos de los héroes de Iquique, pág. 7.—Congreso Jurídico de Londres, pág. 8.—Una necesidad imperiosa: formación de un Diccionario Sud-americano de Jurisprudencia y Legislación, pág. 8.—Congreso Jurídico Internacional Sud-americano de 1888, pág. 67.—Trabajos del Congreso de Juristas de Lima en 1878: tratado para establecer en América reglas uniformes sobre Derecho Internacional Privado, pág. 68. — El Congreso Internacional de Washington para 1889, pág. 129.—Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil, pág. 388. — Ordenanza general de la Armada, pág. 389.—Ordenanza general del Ejército, pág. 389.—Congreso Jurídico Internacional Sud-americano de 1888, pág. 389.—Congreso Jurídico de Barcelona, pág. 389.—Código Civil de España, página 390.—Visita judicial de don José Alfonso, pág. 450.

Necrología.—Don Miguel Elizalde, pág. 6.— Don Francisco Donoso Vergara, pág. 7.—Don José Victorino Lastarria, pág. 65. — Don Juan Gandarillas, pág. 321.—Don Nicanor Bahamonde, pág. 593.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

Derecho Civil. — Administración de los bienes del hijo natural, página 350. — De los pactos *de quota litis* y *de victoria litis:* algunas observaciones sobre el artículo 1462 del Código Civil, correspondiente al artículo 1646 del Proyecto de Código Civil, pág. 355. — Una innovación del Código Civil Español, pág. 495. — Interpretación del artículo 1609 del Código Civil, comprobada por sus fuentes y por la jurisprudencia de los Tribunales superiores de la República, pág. 722.

Derecho Mercantil. — Comentario del Título Preliminar y del Título I del Libro I del Código de Comercio, págs. 23, 132, 193, 282 y 338.

Derecho Constitucional y Administrativo.—La reforma del Poder Municipal, págs. 79 y 144. — La propiedad intelectual ante la ley de propiedad literaria de 24 de julio de 1834, págs. 140 y 204. — Ley de reforma constitucional de 12 de enero de 1882, pág. 257. — Legislación electoral de Chile, pág. 324.—¿Quién debe inutilizar las estampillas que se empleen para el pago de la contribución mobiliaria? página 641.

Enjuiciamiento Civil. — Anotaciones al Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil, págs. 222, 361 y 542. — Notificaciones judiciales, pág. 305. — ¿Quién subroga á los alcaldes de los departamentos donde no hay juez de letras, en caso de impedimento, en el desempeño de sus funciones judiciales? pág. 369.—¿Cuál es el tribunal competente para procesar á un ex-intendente ó ex-gobernador por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones? pág. 406. — ¿Hay acción ejecutiva en contra de terceros poseedores de inmuebles afectos á hipoteca? pág. 480. — Límites del Poder Judicial, estudio sobre el artículo 4.° de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, páginas 668 y 705.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil, pág. 741.—El fuero de los miembros del Congreso en los juicios sobre abusos de la libertad de imprenta, pág. 736.—En el caso de impedimento accidental de un defensor público ¿quién es llamado á reemplazarlo? pág. 739.

Enjuiciamiento Criminal. — Proyecto de Código de Enjuiciamiento Criminal, págs. 417, 574, 595 y 650.

Derecho Penal.—El Código Penal ¿ha derogado las leyes 17, título 4.°, libro 4.° del Fuero Real, y 109 del Estilo? pág. 14 — Los hurtos y los robos ¿son delitos de la misma especie para los efectos de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la agravación del número 16, artículo 12 del Código Penal? pág. 269. —La intención de matar y la circunstancia de que sean de necesidad mortales las lesiones que ocasionan una muerte ¿son elementos constituyentes del delito de homicidio? pág. 392.—Las reglas generales del libro I del Código Penal, y especialmente las de los artículos 10, 11, 12 y 13 ¿son aplicables á los cuasi-delitos? pág. 730.

Derecho de Minería.—Ligero estudio sobre tres de las principales reformas del nuevo Proyecto de Código de Minería, pág. 299.—¿Es ó no fatal el término fijado en el artículo 70 del Código de Minería para contradecir el denuncio de despueble? pág. 371.—Las reformas del Código de Minería, pág. 459.—Apuntes de un estudio sobre Código de Minería, págs. 473 y 513.

Derecho Militar.—Algunas aclaraciones á la Ordenanza general del Ejército, pág. 412.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

Derecho Civil.—Pago de alcabala: ¿se debe contribución de alcabala cuando se adjudica ó se remata un bien inmueble por los herederos interesados en una sucesión? ¿Se deberá en el caso de liquidación de una sociedad, cuando á un socio se le entera su cuota con un bien raíz social? pág. 38.—En las particiones de bienes ¿es aplicable el artículo 1489 del Código Civil? ¿Hay acción resolutoria en una partición de bienes por falta de pago del precio de adjudicación? págs. 102 y 231. —Derecho de la mujer para ser recibida por el marido en su casa, página 433.—Cuando hay menores en una partición ¿pueden los coasignatarios señalar de común acuerdo el valor de las especies? pág. 590. —Juicio de nulidad de un matrimonio civil, pág. 753.—Juicio Cortés-Ovalle, pág. 754.

Enjuiciamiento Civil.—¿Tiene mérito ejecutivo la confesión ficta ó presunta, esto es, la que la ley da por hecha en pena de no comparecer el demandado á prestarla? págs. 97, 164, 236 y 484.—¿Puede un acreedor impedir que otro acreedor se pague con bienes del deudor común, que ha embargado con antelación y sin alegarse preferencia alguna por el segundo ejecutante? pág. 243.—¿Puede ser juez árbitro el menor habilitado de edad? pág. 430. — ¿Tiene mérito ejecutivo el documento otorgado en papel incompetente? pág. 503.

Enjuiciamiento Criminal. — Estudios sobre la ley de garantías individuales: ¿Debe concederse excarcelación bajo de fianza al procesado por estafa? Efectos de la fianza de cárcel segura, pág. 690.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Derecho Penal.—¿Es conmutable en multa la prisión que como pena se imponga haciendo aplicación del artículo 494 del Código Penal? pág. 169.—¿Son aplicables á los cuasi-delitos las circunstancias agravantes y atenuantes que el Código Penal señala para los crímenes y delitos? pág. 380.—Ochenta y cuatro años de presidio, pág. 507.—¿Hurto ó robo? pág. 585.—Observaciones sobre el juicio criminal seguido al notario de Peumo, pág. 628.

Derecho Constitucional y Administrativo.—Emolumentos de los Oficiales del Registro Civil cuando ejercen sus funciones fuera de la oficina, pág. 434.

BIOGRAFÍAS DE ABOGADOS NOTABLES

Don Enrique Cood, páginas 44, 110, 172 y 249.

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

Chile, págs. 60, 191, 254, 320, 184, 441, 512, 704 y 760.—República Argentina, pág. 760.—España, pág. 441.—Juicio crítico de la obra de M. Courcelle Seneuil PRÉPARATION A L'ÉTUDE DU DROIT, página 60.—MEMORIAS Y DISCURSOS UNIVERSITARIOS SOBRE EL CÓDIGO CIVIL CHILENO, tomo primero, página 192.—Bibliografía de Derecho Público, página 309.—La escuela antropológica en materia de criminalidad, página 637.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ERRATAS NOTABLES

PÁG.	LÍN.	DICE	DEBE DECIR
133	3	poco	todo
194	2	su	la
280	34	autor considera	autor no considera
512	24	útiles	inútiles
Id.	27 y 28	GEOGRAFÍA DE	GEOGRAFÍA POLÍTICA DE
513	1	NÚM. 10	NÚM. 9

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

CUADRO

DE LOS COLABORADORES DEL TOMO CUARTO

Alfonso, don José
Alfonso, don José A.
Amunátegui R., don Miguel Luis
Ballesteros, don Manuel E.
Bañados Espinosa, don Julio
Bravo Cisternas, don Agustín
Beutner-Mary, don Francisco
Cabezón, don Alfredo
Carrera de la, don J. Francisco
Correa Bravo, don Agustín
Fuenzalida, don Alejandro
Huneeus, don Jorge
Huneeus, don Roberto
✠ Lira, don José Bernardo
Las-Casas, don Aníbal J.
López, don Pedro César
Latorre, don Enrique C.
Mesa Torres, don Francisco
Murillo, don Ruperto
Oliva Lara, don Benigno
Osandón, don Frutos
Ortiz Olavarrieta, don Luis
Peña, don Francisco D.
Ravest, don José
Rivera Jofré, don Carlos
Rodríguez, don Agustín
Ugarte A., don Sinforoso
Valdés Vergara, don Ismael
Venegas, don Fortunato
Vera, don Robustiano
Vergara S., don Juan de Dios
Vila, don Bernardino A.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO