

EL DERECHO

PERIODICO DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

TERCERA EPOCA.

*S'il n'y avait pas de justice,
il n'y aurait ni gouvernement ni société.*

EDOUARD LABOULAYE.

TOMO I.

MEXICO, JUEVES 1° DE MAYO DE 1890.

NUM. 1.

PROGRAMA.

Nada más serio y digno de prévia y profunda meditacion, que la empresa que hoy acometemos, fiados solo en los débiles recursos de nuestras escasas fuerzas, que quizá en la ignorancia de su pequeñez, creen agigantarse, animadas por el anhelo vivísimo que nos mueve á contribuir al bien social de nuestra patria, en el terreno siempre fértil de los estudios jurídicos. Imposible desconocer toda la importancia que en un país asumen cuantos esfuerzos se hagan para difundir el mayor esclarecimiento de la legislacion, resolviendo con criterio leal y prudente las dudas, dedicándose á dilucidar las controversias y mostrando la necesidad de que sean colmados los vacíos, no ménos que corregidos los defectos de aquella. Si á esto se añade la consideracion de que el campo de la ciencia jurídica es vasto, presentando sucesivamente y sin interrupcion aspectos siempre nuevos que reclaman algo más que la mera contemplacion y respeto de los hombres, es á saber, el estudio de sus causas y la prevision de sus consecuencias, se encontrará muy natural que á lo ménos con nuestra voluntad buena osémos venir á engrosar las filas de tantos y tan distinguidos órganos de aquella ciencia, como ya existen en el estadio de nuestra prensa, con grande honra del foro mexicano, y como justificacion de las hermo-

sas esperanzas de un porvenir glorioso para la dignísima profesion del abogado.

Deseosos de tan legítimos bienes, no hemos creído contribuir mejor á su logro, que reviviendo una publicacion, que fué en su tiempo, por desgracia bien corto para su grandioso objeto, el oráculo y guía no solo de los magistrados y jurisconsultos, sino aun de los mismos legisladores, que en ella tomaron, al codificarse la legislacion, mas de una advertencia justa y sabia, mas de una oportuna inspiracion, para que en los códigos próximos á expedirse no faltasen sino aquellos principios que la experiencia de los negocios aun no habia aconsejado. Fundado "El Derecho" en el año de 1868, cuando el actual sistema de gobierno acababa de salir triunfante de entre los escombros de la guerra de Intervencion, su aparicion fué saludada con universales y entusiastas muestras de simpatía, porque él, único adalid forense en esa memorable época en que volvian á reconstruirse las instituciones, no podria ménos que ser, como fué, el iniciador más autorizado de las reformas que la nueva época reclamaba, trayendo no solo el vigor intelectual de sus sabios redactores á las oscuridades y vacilaciones de incipientes trabajos legislativos, sino tambien el espíritu de prudencia y recto criterio, que tan necesarios se hacian en un tiempo

en que las más ardientes pasiones políticas podían inficionarlo todo y precipitar los mejor combinados proyectos de utilidad pública. En las columnas de ese ilustre semanario se ejercitaron y brillaron las preclaras plumas de los Mendez, de los Dublan, de los Linares, de los Ortiz de Montellano, de los Ortega, de los Aguilar, y tantos otros de igual renombre, muchos de ellos ya arrebatados al servicio de la patria por la implacable saña de la muerte, pocos aún vivos entre nosotros, y siendo como el alma de la jurisprudencia nacional, todos cubiertos de imperecedera gloria y ungidos por el óleo puro de la gratitud pública.

Bajo estos auspicios solamente venimos, no á fundar una publicación que exigiera de nuestra parte elementos materiales y morales de que carecemos, sino á continuar la que hemos mencionado, esperando que en esta conducta nuestra no podrán ménos que ver el público y nuestros compañeros de profesion que la conciencia de nuestra pequeñez nos ha sugerido la justa idea de cobijarnos á la honrada sombra de los distinguidos jurisconsultos, fundadores y sostenedores del derecho durante seis años.

Mas aun así habríamos vacilado en la empresa, si varios de esos ilustres maestros en la ciencia del derecho no nos hubieran alentado con frases de exquisita benevolencia y con promesas serias y seguras de ayudarnos y guiarnos con su constante y valiosa cooperacion. Por este motivo les hacemos aquí pública manifestacion de nuestro agradecimiento y de que no perdonaremos esfuerzo para hacernos dignos de la ilustre tradicion del "Derecho" y no empañar la inmaculada reputacion de tan preclaros jurisconsultos.

Siendo la ciencia del Derecho eminentemente práctica y de diaria utilidad, nos proponemos realizar en cada número de nuestro semanario la alianza de la teoría y de las decisiones judiciales, pues existen ya, á no dudarlo, notables publicaciones

que, ó se consagran exclusivamente á la historia y filosofía del derecho, ó tienen solo por objeto poner á los abogados al corriente de las sentencias y de los textos legales. Hemos pensado que seria de indiscutible utilidad para la ciencia jurídica, reunir en una sola publicacion esas dos diversas direcciones, dando á luz no solo trabajos de doctrina sino las interpretaciones definitivas de la jurisprudencia, capaces de interesar á todos los abogados, cualesquiera que sean la tendencia de sus estudios y el carácter de sus negocios. Con este propósito debemos anunciar que el "Derecho," cuya aparicion tendrá lugar cada Sábado, contendrá invariablemente las siguientes secciones:

1. ^o Editorial de alguno de los redactores sobre alguna cuestion jurídica.

2. ^o Sentencias de Tribunales federales que á nuestro juicio ameriten ser conocidas del público, ya por el interés que en ellas se verse, ora por la rareza y dificultad del caso que resuelvan.

3. ^o Sentencia notable del ramo civil, con tal de que constituya cosa juzgada y no esté pendiente ningun recurso contra ella.

4. ^o Sentencia notable é igualmente definitiva sobre materia penal ó militar.

5. ^o Seccion legislativa.

6. ^o Variedades forenses.

Si á esto añadimos que, siendo los Código Mercantil y Minero los más recientes entre nosotros y de aplicacion general, es tambien nuestro propósito analizar sus textos, discutir los problemas prácticos á que ellos puedan dar lugar y estudiar de toda preferencia las interpretaciones que de ellos vaya consagrandó la jurisprudencia, se verá que es vasto y erizado de escollos el programa que anunciamos realizar; pero confiamos en que su evidente utilidad para la ciencia nos atraerá el favor del público y el sosten constante de todos nuestros compañeros.

LA REDACCION.

INTRODUCCION.

Corria el segundo semestre del año del Señor 1868, cuando una pequeña agrupacion de abogados, fundaba en esta Capital "El Derecho," publicacion semanal, sin más pretensiones, que la de satisfacer la inclinacion de los fundadores, jóvenes entonces, al cultivo de sus estudios profesionales, la de animar á sus compañeros á seguir la misma senda, y la de contribuir al desarrollo que los grandes principios, conquistados tras cruda y sangrienta lucha, pero que, todavía combatidos en el orden político y social, debian recibir su sancion en la legislacion privada.

Al anunciar el género de sus labores, los Redactores de "El Derecho," se expresaban de esta manera:

"El estado de nuestra sociedad no es ciertamente el más propicio para emprender la publicacion de un periódico destinado al estudio de una ciencia, que es de tan inmensos resultados y de tan inmediatas aplicaciones para la vida de los pueblos. La agitacion de nuestra época no permite aún que pueda contarse con la imparcialidad, con la calma, con el juicio recto é independiente que son condiciones tan indispensables para tratar de estas materias. La vehemencia de los ánimos, dispuestos siempre á toda acalorada discusion y á traer apasionadamente al debate motivos que la razon y la dignidad repugnan, da origen al retraimiento y aleja el concurso de aquellas inteligencias, que solo buscan el estudio tranquilo de las cuestiones científicas."

"Y á pesar de tales inconvenientes parecénos que la ocasion es oportuna para iniciar esta empresa. México, como ha sucedido á otros muchos pueblos, está hoy en uno de los periodos más laboriosos de su existencia. Dominado todavía por la

fiebre política, dolencia por que han necesitado pasar las sociedades modernas para trasformarse, nada puede desviar su atencion del objeto que lo apasiona. El tiempo y las decepciones harán que aquí, como en otras partes, pase esta conmocion, dejando al país toda su vitalidad. La experiencia servirá entonces para que esa gran actividad, ese estéril empleo de nuestras fuerzas, esa tendencia al expansivo ejercicio de todas las facultades, cambiando de objeto, converjan hácia la reconstruccion de la sociedad para conseguir que llegue á sentarse sobre sus verdaderos fundamentos".....

"Cuando están por reformarse nuestras leyes y nuestras instituciones judiciales; cuando se presentan tantos puntos dudosos en el foro; cuando se trata actualmente de establecer y afirmar la jurisprudencia sobre la interesante materia de los juicios de amparo; cuando dentro de poco tiempo debemos esperar esos Códigos que por disposicion del Gobierno se están redactando, en los cuales hemos de ver perfectamente definidos nuestros derechos y nuestras obligaciones, las transacciones, que animan la sociedad, la sancion penal para el que atente al derecho de otro, el modo fácil y expedito de afianzar nuestro derecho y de hacer efectiva prontamente la justicia; cuando en fin, sobre todas estas materias, cada mexicano puede influir con su voz y con sus razones, concurriendo en busca del acierto; un órgano especial de publicidad no puede dejar de ser oportuno y hasta cierto punto necesario."

De tres años y medio fué la primera existencia de "El Derecho."—Los que se la dieron y mantuvieron dedicándole los ratos de descanso que el ejercicio, cada día

más activo de su profesion les permitiera, estimaron que la época recomendaba sustituir al semanario, dedicado principalmente á elucubraciones especulativas, un diario de los debates judiciales en los que las teorías se manifiestan, se discuten, se desechan, se adoptan y se modifican y aplican á los casos concretos, que se producen en las variantes infinitas de conflictos engendrados, unas veces por la pasión, otras por el interés friamente calculado; pero las más por la ignorancia de los preceptos legales ó por doctrinas opuestas, y con harta frecuencia erróneas, de los comentadores.

Robustecida la agrupacion de 1868 con la colaboracion de distinguidos jurisperitos, se estableció, pues, "*El Foro*," publicacion diaria, que, si bien no puede decirse que haya realizado constantemente en sus diez y siete años de existencia, la extension de miras que se propusieran sus iniciadores, con el solo hecho de sostenerse por tan largo tiempo, ha justificado plenamente que su creacion obedeció á una indicacion de las circunstancias.

No basta, sin embargo, á satisfacer las aspiraciones del letrado, el conocimiento casuista de la jurisprudencia formada por las sentencias.

Esas aspiraciones van más allá; tienden á distinguir las buenas de las malas sentencias.

El libre exámen que la filosofía cartesiana proclamó, es esencial para toda ciencia humana, y al que se deben las maravillas que, en prodigiosa progresion, arrancan las ciencias físicas á los secretos de la naturaleza, presentando en la inteligencia humana una potencia descubridora sin límites, ha señalado tambien sus triunfos en fecundas conquistas alcanzadas por las ciencias morales.

El apotegma jurídico, *res judicata pro veritate accipitur* (1), es simplemente un precepto legal, dictado por la necesidad de

poner término á los conflictos de intereses y derechos (1); pero hoy ménos que nunca significa que toda ejecutoria sea la expresion de la verdad y de la justicia, y que la exacta aplicacion de las leyes sea atributo infalible de los encargados de discernir y decidir entre lo justo y lo injusto. (2)

De aquí es que una publicacion que de buena fe, con sostenida imparcialidad y con absoluta independendencia, estudie las sentencias á la luz de la ley y de las sanas doctrinas; que no vacile en mostrar sus errores cuando las halle desviadas de los principios del derecho ó de los preceptos que de ellos se derivan, y que proclame su excelencia cuando esos principios y preceptos sean bien aplicados; destinada está, á prestar un importante servicio y á ser recibida con aplauso. El juicio crítico razonado de las ejecutorias, disminuyendo el número de los errores judiciales, aumenta la respetabilidad de los tribunales y es la salvaguardia de las garantías sociales.

Fuera solo este el objeto que se proponen los jóvenes; pero ya sesudos abogados que emprenden hoy revivir "*El Derecho*," su empresa seria ya no de escaso mérito.

Mas pertenecen ellos á una generacion vigorosa, en pleno periodo de crecimiento, educada en la máxima *Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*, (3) á una generacion que ha visto surgir del apaciguamiento de las borrascas en que se desarrollara la primera juventud de la sociedad mexicana, toda una serie completa de códigos, precioso tesoro, que la generacion que concluye le confía al amparo de la paz general, venturosamente conquistada, para guardarlo, mejorarlo y perfeccionarlo en bien de la comunidad; al par que, continuándose el progreso material, nacen con él nuevas y variadas re-

(1) Unumque judicate fuerum sufficere, probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus, summam atque inapplicabilem faciat difficultatem, maxima si diversa pronunciarentur. L. C. D. de ex. r. j.

(2) Impropia parece ser la fórmula adaptada en el art. 621 del C. de Proc. Civ. del Distrito. "*La cosa juzgada es la verdad legal*" comparada con la romana *pro veritate accipitur*.

(3) L. 17 D. De leg.

(1) L. 207, D. de reg. jur.

laciones que requieren ser reguladas por adecuados preceptos legales.

Conocidos los nuevos Redactores de este semanario por el lugar distinguido que han sabido conquistarse en el foro, emprenden, sin duda, una árdua tarea; pero nadie podrá atribuirles, sin que mal los juzgue, otros móviles que los que en 1868 guiaron á los primeros Redactores de "El Derecho."

Ni los de entónces pretendieron, ni los de hoy pretenden constituirse en maestros de la ciencia; pero sus esfuerzos para descubrir y exponer la verdadera inteligencia de las leyes, para mostrar sus defectos y procurar sus reformas, servirán siquiera para que aun las mismas faltas, los mismos errores, en que puedan incurrir, den el resultado, siempre útil, de provocar la discusion por otros letrados tanto ó más aventajados.

Si un principio de orden público aplica al conocimiento de las leyes el proloquio: *Idem est scire, aut scire debuisse, aut potuisse*, y si por él se presume que todo hombre es conocedor de las leyes del país en que habita, y aun de las que rigen en los otros países con los que tiene simples relaciones de negocios; la exposicion constante por la prensa de lo que esas leyes disponen, de la manera como son entendidas y aplicadas, ilustrando á las gentes sobre sus derechos y sus deberes, ha de contribuir necesariamente para que esa presuncion, bien distante de la verdad, se acerque más á ella.

Vastísimo, como ha sido en todo tiempo, el campo de las investigaciones jurídicas, nunca alcanzó la extension que en nuestros dias.

Multiplicándose y estrechándose diariamente las relaciones entre los pueblos civilizados; penetrando éstos, merced al arrojo de atrevidos y beneméritos exploradores, hasta el corazon de naciones, que nos eran absolutamente desconocidas, y que por vivir aún en fines del siglo XIX, en

un estado primitivo, apénas distinto del de los séres irracionales, calificamos de salvajes; envuelta la superficie habitable del globo en una atmósfera de vapor y de electricidad que circulando en verdaderas ciudades flotantes, sobre cintas de acero ó por ténues alambres, trasmisivos instantáneos del pensamiento y de la voz á larguísimas distancias, multiplican hasta lo infinito aquellas relaciones; produciendo tan íntimo contacto cambios profundos en el modo de ser de los hombres, asimilando sus ideas, sus inclinaciones y sus costumbres, percíbese una marcada tendencia á uniformar las instituciones y las leyes por las que se rigen las sociedades organizadas hoy en diversas nacionalidades. Si Roma por sus conquistas pudo extender su legislacion al mundo entónces conocido, que la aceptó por la fuerza y aun la respeta y la consulta como razon escrita, la civilizacion moderna, empleando los potentes medios pacíficos de que dispone, persigue el mismo objeto, y llegará, no importa cuándo, á dotar á todos los pueblos de una y misma legislacion.

No faltará quien tenga esto como una utopia; pero siendo una la naturaleza humana, una la ley que Dios la dió, las legislaciones positivas, que no son, ni pueden ser, sino consecuencias y aplicaciones de esa ley suprema en la que están concretados los principios inmutables del derecho y del deber, serán tambien una.

Permitido es, pues, esperar y desear que la ley positiva universal que hoy se considera utopia alcance esplendente realidad en el curso de los tiempos.

Ni son en general de raíz las diferencias que existen entre las legislaciones privadas, para que este desideratum sea imposible. Son solo modalidades más ó ménos avanzadas de unos mismos principios. En el fondo de todas ellas se descubre la esencia de lo justo ó de lo injusto, que constituye la ciencia, *justi et injusti scientia*. Todas obedecen á la ley de perfeccionamiento continuo y la perfeccion es una, indivisible é inalterable.

Quien sigue atentamente las labores legislativas, sea cual fuere el lugar en que se produzcan, advierte desde luego el carácter esencialmente ecléctico que las leyes nuevas revisten. Los progresos alcanzados en un país, se estudian, se comparan, se discuten, se rechazan, se modifican ó se adoptan en los otros.

Pero en ninguna parte ese eclecticismo legislativo ha adquirido tanta preponderancia, como en las jóvenes naciones de este continente. Careciendo de tradiciones y de costumbres profundamente arraigadas; formadas por la colonización de gentes de diversas nacionalidades y aun de distintas razas, y constituidas democráticamente, se halla más en aptitud, que las del viejo continente, para asimilarse todo lo que en las legislaciones conocidas hay de bueno y de mejor. Los Códigos de la Argentina, de Chile, del Uruguay, del Brasil, del Perú, etc., etc., testifican este hecho.

Y sin salir de nuestro país, ¿qué otra cosa son los Códigos de que tanto y, hasta cierto punto, no sin razón, nos envaneecemos, sino compilaciones ordenadas y metódicas de cuanto sus autores, por considerarlo bueno, tomaron ó de la ley romana ó de la antigua legislación española, ó de la francesa ó de las de los pueblos germánicos, ó de la portuguesa, etc., etc.?

¿No hemos seguido casi en totalidad la constitución política de los Estados Unidos del Norte, agregándole una carta de derechos del hombre tomada de las constituciones francesas? ¿En el derecho administrativo, que tan grande importancia viene adquiriendo desde hace algunos años merced al desenvolvimiento, y á la extensión de las mejoras materiales, no buscamos nuestros modelos, ó por lo ménos nues-

tros elementos de estudio en las leyes extranjeras?

Aun en esos Estados Unidos del Norte, que tan apegados parecen á las prácticas y costumbres de su origen, fácil sería señalar la misma benéfica influencia, y en los Códigos que algunos de sus Estados se han dado, no pocos préstamos tomados de los europeos, así como, en los expositores de su jurisprudencia, frecuentes invocaciones de esos Códigos como fundamento de la razón de sus doctrinas.

Y ya que hablamos de la nación vecina, ¿no sería sumamente interesante en los tiempos que pasamos, un estudio comparado de sus leyes y costumbres con las nuestras? ¿Cuánto no ganarían con ello las transacciones comerciales é industriales, tan vivas ya entre los dos países?

No acabaría esta introducción si hubiese de extenderme á cuanto puede abarcar una publicación de este género. El campo es inmenso ciertamente. A grandes rasgos he tratado indicar alguno de sus puntos más culminantes: el juicio de las sentencias, la explicación y la comparación de las leyes. Ardua y noble empresa es la de pretender entrar en el templo de la ciencia de las cosas divinas y humanas y conquistarse los favores de la severa diosa. Pero cuanto más árdua y noble, tanto más digna de ser acometida por inteligencias esforzadas. Dios dé á los que hoy restablecen en "El Derecho" el culto de los estudios jurídicos, la asidua constancia, el vigor intelectual que requiere su levantado intento, y sea este semanario de honra y provecho para ellos y para esa querida hermandad que llamamos el foro mexicano.

LUIS MENDEZ.



LAS SOCIEDADES ANONIMAS SEGUN EL CODIGO DE COMERCIO.

I

Comienzan á desempeñar en México las sociedades de capital fijo, por acciones, la importante misión que las incumbe en el desenvolvimiento de la riqueza pública, y más afortunados—si cabe decirlo—que otros pueblos, entramos á esa vía que conduce al aprovechamiento y movilización de todos los capitales, con una legislación casi completa, inspirada en el modelo de leyes extranjeras, formadas, probadas y modificadas merced á las fecundas enseñanzas de la experiencia y á las meditaciones de los jurisconsultos. Esa legislación ha de tener en breve numerosísimas aplicaciones, y su bien manifiesta trascendencia práctica exige que se la estudie aquí, como estudiada ha sido en los países en que la institución ha alcanzado crecimiento y prosperidad verdaderamente prodigiosos.

Inauguramos, pues, con el presente, una serie de artículos sobre la sociedad anónima y sobre su régimen, según el Código de comercio, confiando en que no seremos los únicos en abordar ese estudio por mil títulos interesante.

* *

¿La sociedad anónima es ó debe ser siempre mercantil?

Hé aquí la primera cuestión que provoca el exámen de nuestra legislación sobre esta materia.

La fracción II art. 3 del Código de comercio dice que "se reputan en derecho comerciantes las sociedades constituidas con arreglo á las leyes mercantiles," de manera que, á primera vista siendo notorio que es la ley mercantil la que determina el modo de constituir una sociedad anónima, y que el derecho común no conoce esa especie de asociación que, por el contrario, pugna de frente con los dos fundamentales principios de solidaridad y de responsabilidad limitada que presiden al régimen de las sociedades civiles, se impone con cierto apremio la idea de que aquellas asociaciones son, por su propia índole, comerciales.

No es, sin embargo, tan segura la anterior conclusión. El artículo 91 del mismo Código autoriza á las sociedades civiles para constituirse, sin perder su carácter, como sociedades de comercio, y tal autorización, si algo significa, teniendo en cuenta

la amplia generalidad del texto que la otorga, es que puede haber sociedades anónimas civiles.

¿Es conciliable esta proposición, aparentemente fundada en texto expreso de la ley, con el principio consagrado por la fracción II del art. 3 Cód. de com.? En caso de conflicto, ¿cuál será el criterio jurídico aplicable á la determinación del carácter civil ó comercial de una sociedad? ¿La forma ha de prevalecer sobre el fondo, ó el objeto de la compañía será atendido de preferencia sobre aquella?

"Por el objeto que se proponen—enseña Bedaride—debe ser apreciado y determinado el carácter de las sociedades. En esta materia especialmente, no pueden influir las estipulaciones de las partes sobre la naturaleza del acto, privándole de los atributos inherentes á su esencia. Poco importa, pues, que califiquen de comercial lo que es civil ó de civil lo que es comercial. Es necesario siempre referirlas á la verdad de las cosas, que no las es permitido destituir ni en la forma ni en cuanto al fondo" (Des sociétés, número 121, edic. de 1857).

El artículo 203 del Código de comercio alemán se decide por el criterio puramente formal, y dice:

La sociedad anónima se considera como sociedad de comercio, aun cuando el objeto de la empresa no consista en actos de comercio."

"Este principio—dicen los traductores y anotadores del Código alemán—fué establecido por la ley de 11 de Junio de 1870; no existe en la legislación francesa. Según la jurisprudencia francesa, el carácter civil ó comercial de la sociedad se determina por la naturaleza de las operaciones sociales."

El Código de comercio español, después de resolver en el núm. 2 del art. 1.^o que son comerciantes "las compañías mercantiles ó industriales que se constituyan con arreglo á este Código," dispone en el art. 116 que el contrato de compañía, por el cual dos ó más personas se obligan á poner en fondo común bienes, industria ó alguna de estas cosas, *para obtener lucro*, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo á las disposiciones de este Código." Parece, pues, que el legislador mexicano siguió las huellas del español: pero una somera

comparación de textos bastará para persuadir de que el segundo, si bien se fijó en la forma de la compañía, para atribuirle carácter civil ó comercial, se propuso también hacer depender la calificación, de la naturaleza de las operaciones sociales.

El proyecto de Código portugués—art. 15—dice que “son comerciantes las sociedades comerciales,” y considera actos mercantiles todos aquellos que él mismo reglamenta (art. 2).

La ley belga sobre sociedades (18 de Mayo de 1873, art. 1^o) opta por el criterio que proporcionan las operaciones habituales de la compañía.

Dos sistemas, pues, se encuentran frente á frente en esta materia: el que atribuye carácter mercantil á la sociedad, por el solo hecho de ser constituida con arreglo á la ley comercial, y el que hace depender ese carácter del objeto de la compañía. ¿Por cuál de los dos se decide nuestro Código?

Si ha de atenderse á la fracción II del art. 3, será necesario afirmar que el legislador mexicano acogió el criterio puramente formal: pero si nos atenemos al art. 91, será irresistible, á primera vista, la deducción de que es el fin de la sociedad el que ha de servir para determinar su carácter civil ó comercial.

La antinomia entre las dos disposiciones parece, pues, manifiesta, y toca á los tribunales, cuando la dificultad ocurra, dirimirla, intentando una conciliación que armonice los dos textos, ya que decirse por cualquiera de ellos, con sacrificio del otro, sería traspasar el límite de sus atribuciones.

El criterio meramente formal—se dice—no puede tener la primacía sobre la consideración del objeto que la sociedad se propone, porque como enseña el profesor Vilasi, “sociedad comercial es un contrato por el cual dos ó mas personas, singulares ó colectivas, poniendo alguna cosa en comun, se proponen ejercer el comercio y dividirse las ganancias que se obtengan,” y siendo, como indudablemente lo es, correcta esa definición, no puede ser aceptable un sistema que, en último análisis, haría depender de la voluntad de las partes contratantes el carácter civil ó comercial de la sociedad, aun en contra de la realidad de los hechos. La ley se ha encargado de establecer cuales son los actos que han de ser regidos por el Código de comercio, bien enumerando esos actos, bien creando la norma que ha de servir para clasificarlos; y atento el carácter, á no es excepcional, especial por lo ménos, de la legislación mercantil, no puede quedar al arbitrio de los particulares someterse ó sustraerse á ella libremente.

Los propugnadores del criterio fundado en la for-

ma, le defienden invocando los merecimientos que le recomiendan, como el único capaz de proporcionar una regla segura y de uniforme aplicación, mientras que el sistema basado en la consideración del fin que la sociedad persiga, haciendo inevitable el arbitrio judicial, abre la puerta á la arbitrariedad, y produce vacilaciones ó incertidumbres, que perjudican tanto á las sociedades mismas, nuevas segun de la calificación que de ellas se hará, como á los terceros que con ellas contraten, que no podrán saber á punto fijo cuál ha de ser la ley aplicable á los actos en que intervengan.

Los partidarios del sistema francés, no pudiendo negar que éste sustituye á un criterio uniforme y seguro, el incierto y variable de la apreciación judicial de cada caso, contestan que, después de todo, no sería esta la única materia en la que, al cabo de ciertas fluctuaciones, se fijase la jurisprudencia, creando, gracias á las ejecutorias, una regla tan sencilla y fácilmente aplicable á los casos concretos, como el precepto absoluto de la ley. No es posible ocultarse, sin embargo, que mientras la jurisprudencia se uniforma, es manifiesto el peligro de las decisiones contradictorias, que sembrando la indecisión y la perplejidad, harán tan difícil y precaria la situación de las compañías mismas, como la de los terceros que con ellas entren en relaciones jurídicas. Por otra parte, aquí, en México, la unidad de la jurisprudencia es un ideal difícilmente realizable. En materias mucho más árduas, vemos todos los días que desde el más alto tribunal de la República, hasta el más humilde juzgado de paz, merced á la amovilidad de los jueces y á cierto espíritu de absurda independencia, pasan de un sistema á otro radicalmente opuesto, consagrando hoy un principio, para proclamar mañana el contrario.

Esta anarquía, siempre temible, lo es más tratándose de una legislación que, como la de comercio, ha de ser aplicada por los tribunales de todo el país, sin que exista uno superior á todos ellos que vele por la uniformidad de la jurisprudencia y que reprima los desacatos á la ley, casando las decisiones que la quebranten.

A los terceros que con una sociedad contraten, conviene saber desde luego á qué atenderse sobre el carácter de la personalidad con la que se proponen entrar en relaciones, supuesto que la calidad de comerciante influye decisivamente en la naturaleza y efectos de numerosos actos jurídicos, y es notorio que ha de ser causa de confusión y de error, que compañías puramente civiles revistan la forma de compañías comerciales, y especialmente la anónima, que parece destinada al comercio, á las

necesidades y conveniencias del cual se adopta con tanta propiedad.

Es verdad que al alcance de los terceros pone la ley ciertos medios de información—la inscripción en el registro, por ejemplo—que les permiten formar juicio exacto de los objetos que se propongan las sociedades, y por tanto de su carácter civil ó comercial; pero prescindiendo de que no siempre es sencilla esta apreciación, bien sabido es que la celeridad que reclaman las operaciones mercantiles no se compadece con esas investigaciones que—la práctica lo ha demostrado—no se hacen casi nunca.

La forma anónima sirve principalmente para el establecimiento de empresas de especulación rigurosamente mercantil, y aun cuando pueden presentarse ejemplos de sociedades civiles á quienes convenga utilizar ese medio de asociación de capitales, tan escasos son, que no vale la pena, en consideración á ellos, de prescindir de una regla que todo lo facilita y que allana todas las dificultades.

Nos atrevemos, pues, á optar por el criterio formal para la determinación del carácter de las sociedades, y creemos que debería ser sancionado como invariable este principio: toda sociedad anónima es comercial.

Tenemos que reconocer, sin embargo, que esa regla no es la que adopta el Código de comercio mexicano. El art. 91 categóricamente resuelve que las sociedades civiles, sin perder su carácter, pueden ajustarse á la forma de las compañías de comercio, y como este precepto es terminante, no ad-

mite interpretación y proclama un principio absoluto, la conciliación con el que contiene la fracción II del art. 3 debe ser intentada procurando que este último se adapte al del art. 91, por no consentir excepciones ni distinciones este último. ¿Es posible conseguir ese avenimiento? Vémoslo.

Se reputan en derecho comerciantes—dice la citada fracción—las sociedades constituidas con arreglo á las leyes mercantiles. Las sociedades civiles—dice el art. 91,—sin perder su carácter, pueden constituirse como sociedades de comercio.

Ahora bien: la sociedad civil organizada bajo la forma anónima, no se constituye con arreglo á las leyes mercantiles, sino en lo que concierne á su aparato exterior, digámoslo así, bien que la apropiación de esa forma debe ejercer considerable influencia en el organismo jurídico; pero mediante la reserva, que creemos ha de ser expresa, de su carácter civil, queda sustraida á la aplicación de varias prevenciones del Código de comercio, y de este modo puede decirse que no queda en todo y por todo constituida con arreglo á las leyes mercantiles. Como esto es lo que atribuye carácter de comerciante á una sociedad, ved aquí de qué manera es posible sostener que son conciliables los dos textos en cuyo estudio nos hemos ocupado.

La sociedad anónima debía, pues, ser siempre mercantil; pero según el Código de comercio mexicano, puede haber sociedades anónimas civiles.

E. PARDO, jr.

DE LA COSA JUZGADA

BAJO EL PUNTO DE VISTA DE LA IDENTIDAD DEL HECHO.

Dos asuntos de la mayor importancia y pertenecientes ambos al fuero penal están hoy pendientes ante nuestros tribunales de definitiva resolución, habiéndose hecho valer en uno y otro por los defensores de los respectivos acusados la antiquísima y trascendental excepción de la *cosa juzgada*, cuya respetabilidad desde el derecho romano sintetizan los dos textos siguientes: *res judicata pro veritate habetur*; *res judicata veritati praevallet*.

Imposible, según la grave necesidad de que esa presunción *juris et de jure* haya sido reconocida por todas las legislaciones, como único é indispensable medio para poner término á los procesos, asegurar la quietud del hombre é impedir que el orden social

sea una eterna controversia sobre nuestros actos. ¿Qué importa que la verdad no surja siempre radiante en nuestros juicios, que el error sea el patrimonio ordinario de las humanas investigaciones y que frecuentemente á la postre, tras labores fatigosísimas, columbrémos todavía muy lejos la adquisición de la certidumbre? El legislador, en medio de las severidades con que se arma para resguardar la sociedad, ha debido oír siempre la voz de la humanidad. Despues de un cierto tiempo, la prescripción borra también los más atroces crímenes, y los actos ejecutados aun conforme á una ley injusta, resultan sagrados é inviolables á pesar de que una ley nueva haya venido posterior

mente á revelar la necesidad de una reforma. Como la pre-cricción y la no-retroactividad, la cosa juzgada constituye un derecho, en cuyo respeto está empeñado el mismo interés social, que parecería graves perturbaciones, si la vida civil no nos garantizase la posesión tranquila de lo que hemos adquirido ya por el transcurso del tiempo, y por la confianza nacida de una ley ó por la sentencia definitiva de un tribunal encargado de juzgarnos. Sin la presunción legal que nos ocupa, ningún acusado podría jamás llamarse inocente.

Pero ¿cuáles son las condiciones ó elementos constitutivos de esta excepción? "Nadie puede ser juzgado dos veces, dice nuestra carta fundamental en su art 24 *por el mismo delito* ya sea que en el juicio se le absuelva ó se le condene." Podemos, pues, decir con todos los tratadistas, que un mismo individuo no puede ser juzgado *definitivamente* sino una sola vez por el mismo delito. Así es que, identidad de persona y de delito, y carácter definitivo ó irrevocable de la sentencia son las condiciones esenciales para la procedencia de la regla: *non bis in idem*. *Res judicata dicitur*, se lee en el libro 7 de las Pandectas (1), *quæ finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit*.—Juliano enseña: *exceptionem rei judicæ obstaré, quotiens eadem quæstio inter eisdem personas revocatur* (2), y Paulo, dando la razón de esta ley, decía: *ne sæpius de ejusdem hominis admissio queratur* (3). De las tres condiciones expresadas, como constitutivas de la cosa juzgada, la *irrevocabilidad* de la sentencia y la *identidad* de las partes nos parecen tan evidentes que no consideramos entrañable acerca de ellas en seria discusión. ¿Cómo, en efecto, pretender, un fallo cualquiera que en los países donde las partes pueden intentar diversos recursos judiciales, sea tan firme que baste por sí solo para impedir nuevas controversias? Mientras el caso está *sub iudice*, aún puede rectificarse ó revocarse la primera sentencia, y no sería sino muy arbitrario hacer derivar de ella los importantes efectos de lo que por su naturaleza tiene que ser definitivo é invariable. Por lo que luce al elemento consistente en la *identidad* del inculcado, la más ligera reflexión nos convence de que sería un contrasentido pretender aplicar á un individuo diligencias procesales y sentencia que solo se han referido á otro en la mente del Juez; es bien sabido cuánta luz arrojan sobre la investigación de la responsabilidad de un delito, la presencia del acusado, sus declaraciones más ó menos espontáneas y verosími-

les, sus careos con los testigos, su conducta, en fin, durante toda la marcha del proceso y hasta el momento de ser pronunciada la sentencia. ¿Cómo, pues, hacer servir todos estos datos, de suyo tan personales y relativos á determinado acusado, respecto á cualquiera otro, cuya aprehensión podría traer nuevas revelaciones y aún explicación completa de no pocas dudas ocurientes en el primer proceso?

Si en éste, el acusado ha sido condenado, ¿por qué no dar entrada á una nueva investigación que sirviera á poner de manifiesto el anterior error judicial? Y si ha sido absuelto ¿cómo no ser necesario y justo que, permaneciendo lo expedita la acción de la autoridad judicial y del Ministerio público, se procure la averiguación del verdadero culpable? Cuestiones son estas, cuya solución afirmativa apenas puede ponerse en duda en el orden de los principios y conforme á los textos positivos de nuestras leyes. Pero ¿sucede lo mismo con la otra condición relativa á la *identidad* del hecho? Se ha pretendido que este elemento constitutivo de la *res judicata* debe entenderse en el sentido, no del mismo hecho material, sino de la misma *acusación*, de la misma *calificación legal*, del mismo *delito* del mismo hecho *moral*. El único sentido racional en que pueda ser tomado el art. 360 del Código francés de Instrucción criminal (1), dice Le Graverend, es que un individuo acusado de un crimen no puede ya ser procesado en razón de la misma acusación. El Código de Instrucción llama *hecho* á la misma acusación, á la calificación del crimen y no al hecho material que ha motivado la acusación" (2). El art. 24 de nuestra Constitución política pudiera justificar también entre nosotros esa interpretación, atentas las palabras: *el mismo delito*.

Pero la razón filosófica y los textos mismos de las leyes se apresuran á protestar contra esa sutileza. ¿Qué importa al acusado que la nueva acusación sea diferente de la anterior, si de todos modos se ve arrastrado una vez más ante los tribunales por un hecho de que debía creerse definitivamente absuelto? Se atacaría, pues, aún procediendo así, el principio tutelar de la cosa juzgada, cuyo objeto es poner un término á los procesos y á las ansiedades del acusado. *Una absolutio*, decían los antiguos maestros del derecho, *sufficit in pluribus accusationibus, si ex eodem facto descendant* (3). *Secunda accusatio nullo modo admittitur ratione qualitatis omisso*, enseña Antonio Gómez (4) y una ley altamente fi-

(1) Art 360: Toda persona absuelta legalmente no podrá ser aprehendida ni acusada en razón del mismo hecho.

(2) *Trait. de Ley. crim.*, tom. 1, pág. 421.

(3) Tiraquean. *De retract. convent.* § 2, glossa 1, núms. 2 y 67—Mornac, *Ad leg. naút. camp. str.*

(4) *De delictis* cap. 1, núm. 27—Bartolo y Baldo *ad leg. de no al. act.*

(1) *Dig.* lib. 42, tit. 1, l. 1

(2) *Dig.* lib. 44, tit. 2, l. 3

(3) *Dig.* lib. 4, tit. 9, l. 6

lo-ófica del Digesto romano expresaba: *Una autem pœna exatit quum actor elegrit, altera tollitur* (1). Finalmente nuestro Código de procedimientos penales, al hablar del indulto necesario, dice: que él tiene tambien lugar, "cuando el reo haya sido juzgado por el mismo hecho á que la sentencia se refiera, en otro juicio anterior en que tambien haya recaído sentencia irrevocable (artículo 373, inciso 4.º)"—La mayoría de los tratadistas está de acuerdo con esta interpretacion y aun el mismo Merlin, de quien se ha escrito que algunas veces era *demasiado procurador*, despues de haber defendido el sentido restrictivo que se ha querido dar al art. 360 francés, volvió sobre sus pasos en el negocio de Juan Diffi, declararlo inocente de la muerte de un genlarne y perseguido despues en el fiero correccional por homicidio de culpa. "El jurado, decia aquel insigne magistrado, no ha tenido que deliberar, atenta la manera con que habia sido interrogado por el Presidente de los debates, sino sobre una sola cuestion: si Juan Diffi era culpable del homicidio del genlarne y él ha respondido lo que no era culpable. Esto supuesto ¿quién nos asegurará que el jurado no ha tenido la intencion de decidir que no era Juan Diffi quien habia privado de la vida al genlarne? Y si repugnáramos presumir tal decision, cuando el acusado hubiera confesado su responsabilidad ¿cómo no temer que el tribunal popular haya entendido absolver al acusado, porque supuso que él habia obrado en legítima defensa?..... Los tribunales correccionales no pueden hacerse Jueces de la declaracion del jurado, ni por consiguiente decidir sobre si ella está bien fundada, en el sentido ya de que el hecho material estaba probado, ya de que el procesado era absolutamente irresponsable (2). Estas consideraciones pueden aplicarse sin variacion alguna á cualquier tribunal que, en ejercicio de sus facultades, haya pronunciado la última palabra sobre un proceso. Renovar este, so pretexto de que el hecho inculcado bajo determinado punto de vista se presta á nuevas y diversas calificaciones, es bur-

lar los legítimos y saludables efectos de la cosa juzgada que, habiendo alcanzado en nuestra legislacion el prestigioso carácter de precepto constitucional y de garantía invulnerable del hombre, no deber ser interpretada de ménos favorable manera, que en tiempos cuyas leyes no cuidaban tan preferentemente de los derechos individuales, hoy declarados la base de todas las instituciones sociales. Si en la antigua Roma el acusado de un hecho, susceptible de ser de diversos modos calificado, porque con él se hubieran infringido varias leyes penales, tenia la seguridad de que la sentencia pronunciada comprendiese todos aquellos múltiples aspectos—*juxta autem super utroque crimine aut sententiam accommodabit, nec enim licebit ei separatim de uno crimine sententiam proferre, priusquam plenissima examinatio super altero quoque fixa* (1); ¿qué deberemos pensar nosotros que hemos separado radicalmente la legislacion civil de la penal, dando á la una por fuente principal los intereses privados, y á la otra solo el interes social, representado por el Ministerio público? ¿Cuán frecuente es, en la materia penal sobre todo, hallarnos frente á hechos complejos, que deben con todo ser juzgados en un mismo proceso, aplicándoles la pena del delito mayor! ¿Será preciso forjar tantas averiguaciones sucesivas cuantos sean los aspectos bajo que pueden ser considerados los hechos? No autoriza tal interpretacion el art. 196 del Código penal, único que se ocupa en la aplicacion de las penas respecto de este caso. Júzguese, por lo demás, lo funesto que resultaría abrir así la puerta á esa especie de ensayos judiciales que, no bien llegados á su término, principalmente cuando éste fuese opuesto á las miras de los jueces, volverian á empezar con la pretendida legalidad de incesantes averiguaciones, cuyo deseo hace jamás podría alcanzar la humana prevision. Esto sería infeno y volveria odiosa la justicia, pues como enseñaba el gran Cuyacio: *iniquum est. . . . alioquin nunquam cuiquam constaret fides seu ratio innocentie sue* (2).

(1) *Cod. 1. 9. de accus. et inscr.*

(2) *Ad. leg. 9. Cod. De accus. et inscr.*

(1) L. 4. §§ 2 y 3. *normal. act.*

(2) *Rep. nos bis in idem, núm. 5.*

A. VERDUGO.

PROPIEDAD Y POSESION DE AGUAS.

ARTICULO 1º

Abandonadas por largos años las tareas periódicas, vuelvo á una ocupacion que me ha sido grata, con las vacilaciones y temores propios de quien ha olvidado un camino, que en otro tiempo le fuera conocido; pero que no por eso le es fácil recorrerlo de nuevo, como quiera que conoce sus dificultades y tropiezos.

Y, para comienzo de obra, tomo una materia de las más difíciles en derecho, buscando así disculpa á mis yerros; disculpa, que en vano encontraría si estudiase cuestiones ménos árduas, pues en cosas fáciles no son perdonables los dilates.

Aumenta la dificultad de esta materia, por una parte lo incompleto de nuestra actual legislacion, y por otro lo vario de la jurisprudencia patria. Así recuerdo que en 1853, el dueño de la Hda. de Sta. Rita, en el partido de Celaya, teniendo derecho para tomar el agua del río de la Laja, puso un atajadizo en ese río, lo que motivó el ejercicio de la accion posesoria por parte del dueño de la Hacienda de Mendez; resolviéndose en definitiva, por el Tribunal de Justicia de Guanajuato, que la Hacienda de Santa Rita, podia tomar las aguas broncas ó de avenida, pero no las mansas llamadas *remanentes*, que corren en tiempo de secas; haciendo así una distincion, que á mi modo de ver, carace de fundamento legal y jurídico y estableciendo que sobre estas podia haber posesion y propiedad, lo que es igualmente erróneo.

Años despues, la Hacienda de Cartagena, citada en jurisdiccion de Cuautitlán, tomó para sus riegos los desagües del Pueblo de Tultitlán, que siempre habia aprovechado la Hacienda de Portales, y se resolvió en definitiva por el Juzgado, que en este género de aguas habia propiedad y posesion á favor de los ribereños, al márgen de cuyas heredades corre el canal que conducía las aguas; por más que este no fuese natural sino artificial y de la propiedad del Pueblo de Tultitlán.

En 1884, en el distrito de Maravatío, surgió otra cuestion con motivo de las aguas de tres arroyos que surten las presas de la Hacienda de Chamuco y cuyas aguas, ántes de entrar á terrenos de esta hacienda, fueron aprovechadas por la de Casa Blanca; resolviéndose por el Tribunal de Justicia de Morelia, en el sentido de que no existia propiedad ni posesion en aguas corrientes, y habiéndose

despues presentado demanda para obtener la propiedad y posesion definitivas, fué resuelto el juicio por el Sr. Juez 2º de lo Civil de esta capital en el mismo sentido, cuya resolucion puede verse en el anuario de Legislacion y Jurisprudencia correspondiente al año pasado. Estas dos sentencias, de las cuales la primera corre en el Foro del año de 1885, á mi modo de ver resúmen la materia y pueden tomarse como norma en este género de cuestiones.

En sentido inverso, está una ejecutoria reciente del Tribunal de Justicia del Estado de México, que puso término al interdicto promovido por el apoderado de D. Manuel Villamil contra un pueblo vecino, cuya cuestion está aún pendiente de resolverse en cuanto á la propiedad y posesion definitivas.

Nacen estas diferencias de cierta confusion de ideas en la materia, como quiera que no son en todos los casos aplicables idénticas reglas.

Con efecto, difieren mucho los derechos sobre las aguas segun que estas corren por un río ó arroyo de propiedad pública, segun que provienen de un venero natural, ó son pluviales, ó que nacen de un pozo ó fuente trabajados por la mano del hombre.

Hay que distinguir los casos segun que corren por un acueducto de propiedad privada ó de propiedad pública, y hay que distinguir tambien los derechos que se tienen sobre el agua y sobre el acueducto.

Debe igualmente distinguirse el caso de aprovechar los desagües de una finca del ejercicio del interdicto de *aquae pluviae ascendae*, así como tambien el aprovechamiento de las aguas que desbordan del acueducto y de aquellas que una finca superior no puede aprovechar y que utiliza la inferior.

Por último, debe distinguirse el ejercicio de las acciones á que estos hechos dan lugar, pues hay diferencia entre las simplemente posesorias, la reivindicatoria ó de propiedad y la confesoria relativa á las servidumbres; porque no es lo mismo reclamar el derecho que se tiene para impedir el abuso de las aguas públicas, á reclamar el uso de una servidumbre constituida, lo que me obligará á estudiar cómo debe estimarse constituida una servidumbre en los casos ya referidos.

Basta con esta sucinta exposicion, para compren-

der que el asunto que nos ocupa da materia sobradamente para una extensa monografía, en la que se trataran estas cuestiones con copia de doctrina. Forzado por mi natural deficiencia, y por la índole de esta publicación, me limitaré á apuntar brevemente las principales cuestiones y la resolución que á ellas deba darse según mi juicio.

Ocupándonos primeramente de las aguas de los ríos y arroyos, hay que recordar que desde los primeros antecedentes de nuestra actual legislación, se han tenido á estos como bienes de propiedad pública y de uso común. Así lo vemos por el § 2.º tit. 1.º lib. 2.º de la Justintia, concordante con las leyes 1.º, 8.º, 4.º, § 1.º y 43-12-1.º § 3.º del Dig. y con ellos están conforme la ley 6.º tit. 23.º P. 3.º y la ley de 12 de Septiembre de 1857 en su artículo 3.º inciso 3.º.

Sabido es que en los bienes de propiedad pública solo se tiene el uso como dicen los arts. 801 y 802 por el 3.º del Cód. de 1870 y 669 y 703 del vigente. Vinio lacónicamente concreta la doctrina en estos términos: *Proprietas eorum nullius, ideoque nec illius eorum commercium. Hominum hic prope diu, usus ad quem natural prodite sunt idem et occupatio* (Port. Jur. tit. 1.º, cap. 17).

En la jurisprudencia romana se suscitó la cuestión sobre si todo río es ó no público, y aparece como probable la doctrina en que eran públicos los ríos perennes y que no lo eran los que no tenían este carácter. Así dice el § 3.º de la ley 1.º D. Flumi. *Flumen quendam publicum sunt quare dam non sunt. Publicum esse, Cassius definiit quod perenne sit. Huc sententia, quam et Cassius probat, videtur esse probabilis*. Esta distinción no pasó á las partidas, como es de verse por la ley 6.º tit. 23.º P. 3.º, que no hace distinción ninguna, así como tampoco lo hace la ley de 12 de Septiembre citada ni en los artículos del Código que he apuntado.

Delúcese de aquí lógicamente que ninguna acción de propiedad ni de posesión puede deducirse respecto de estas aguas, y que toda contienda, que con motivo de ellas se suscite entre particulares debe versar en cuanto á su uso, que tiene que estar reglamentado por las leyes particulares del lugar, pues como enseña Gregorio López en el comentario de la ley citada, á cada municipio corresponde la propiedad de los ríos que lo atraviesan.

La primera cuestión que aquí se presenta es la de saber quién puede hacer uso de una agua corriente, sea de río ó de arroyo, pues, como hemos dicho, nuestra legislación no establece diferencia alguna á este respecto, ni existe razón valedera para que esta exista.

A esto podemos contestar que el uso de estas no reconoce más límite que el derecho ajeno y la sujeción á los reglamentos especiales del lugar. Así es que todos pueden usarla libremente para abreviar sus ganados, para la irrigación y para los demás usos de la industria y de la agricultura: pero aquellos á quienes más directamente corresponde este uso es á los ribereños, sin por esto excluir á los demás como lo dan á entender los artículos 1065 á 1070 del Cód. de 1870 y los 933 á 967 del vigente.

Así, pues, nadie podrá usar de esas aguas abriendo un acueducto en la propiedad de un tercero, ni tampoco podrá llevar á abreviar sus ganados atravesando por la heredad del ribereño, pero sí podrá llevarlas por un camino público ó por uno privado en el que tenga derecho de pasar.

El primer límite que á este derecho debe asignarse es el que naturalmente se deduce del uso á que principalmente están estas aguas destinadas, que es el beneficio de la comunidad; por lo que, con muy justa razón establecen los artículos de los Códigos citados y la ley de Partida de que se ha hecho mención, que no podrá estorbar la navegación ni el curso natural de las aguas, ni desviarlas de su lecho natural, ni tampoco estorbar el uso de las riberas que son igualmente de propiedad pública y de uso común.

Derívase de aquí la obligación de no consumir las y de devolver á su curso las que se hubiesen tomado, lo que nos conduce á distinguir varios casos que se resúmen en esta regla general: que de los tres derechos que componen el derecho de propiedad, que son el *jus uti li, fructu et abutendi*, solo el primero, en el rigor estricto del derecho, es el que se tiene sobre las aguas de los ríos.

No puede hacerse uso de estas aguas sin licencia de la autoridad administrativa y esta, según las disposiciones citadas, no puede concederse con perjuicio del abasto de las poblaciones para quienes sirvan las aguas. Mas á este límite la recta razón señala otro y es el de no consumir toda el agua del río, porque esto sería perjudicar á los dueños de predios inferiores por el que primero tome el agua. *Es difícil, dice un excelente tratadista, señalar todos los casos en que puede reprimirse al poseedor por el abuso de las aguas. Lo que puede decirse, por regla general, es que esta acción es admisible siempre que dentro del año, los propietarios superiores practiquen obras ó ejecuten actos de los que resulte no solamente el uso que concede el art. 644 (del Cód. Francés) á los ribereños, sino el uso de las aguas fuera de esta facultad y en perjuicio real ó inminente para las propiedades inferiores.*

Curason, Acciones Posesorias--Entreprises sur les aux. sec. 111 § 61). Este mismo autor enseña que las aguas se han tomado para la irrigación, debe limitarse su aprovechamiento á este solo objeto, debiendo volver á su cauce las sobrantes y que, cuando estas se han tomado para servir como fuerza motriz, no es lícito utilizarlas para la irrigación ni otros usos, ni mucho ménos enajenarlas.

Nace de aquí un derecho en favor de aquel que se crea perjudicado por otro para impedir estos abusos, pudiendo usar de las acciones posesorias que en derecho procedan segun los casos particulares. Estas acciones no pueden nunca versarse sobre la posesion de las aguas, como quiera que sobre ellas no existe; así pues nunca procede el interdicto de recuperar ó retener la posesion, pero procederá el de otra nueva segun enseña Ulpiano, Dig. 43 21 l. §§ 2, 4 y 5.

Dos interdictos encontramos á este respecto en el derecho Romano; uno relativo á los ríos y sus riberas, (Dig. 43-12) y otro á los arroyos (Dig. 43-21), siendo el último más general que el anterior, pues segun Ulpiano, se aplica en los ríos públicos y privados, como se ve por el § 2 arriba citado. Se referia el primero á solo los ríos navegables y perennes y existia accion pública para impedir que el río ó sus riberas fuesen estorbadas, dando la accion posesoria para el directamente perjudicado, protegiéndose tambien, por este medio, la estacion donde las canoas ó embarcaciones encuentran lugar seguro.

El segundo interdicto comprende no solo el uso de las aguas, sino el respeto al derecho adquirido por otro de tomar esas aguas, derecho que es muy distinto de la agua misma. Por medio de este interdicto se protegía la presa, el canal, se impedía que quede estorbado el curso del río y se daba tambien contra el que tomara de nuevo agua y perjudicara al que *nec vi nec clam nec precario* habia tomado esa misma agua, durante un año y un día.

Es incontestable la procedencia de la accion personal *pro dam no infecta* (Ley 15 de Damno infecto) y la de las acciones penales que establece el artículo 445 Cód. Penal por despojo de aguas, y las demás acciones que establezcan los reglamentos particulares de cada localidad á este respecto.

Las acciones civiles enumeradas sirven para proteger el derecho adquirido, y no la posesion ó propiedad de las aguas. El objeto de ellas es el impedir el uso exclusivo de las aguas y hacerlas aprovechables por todos; así es que no se dan contra el que usa, sino contra el que abusa. Así por ejemplo, si facultado un propietario por la autoridad le-

gítima toma el agua de un río, no se podrá dar entrada á ningun interdicto en favor de los propietarios que ántes tomaban esas aguas, siempre que no se consuma este líquido por el nuevo propietario. Y no vale decir que los otros han tenido ese derecho durante un año y un día, porque solo procedería el interdicto si el acto del nuevo tomador de las aguas, constituyese un abuso y no un uso legítimo; porque además la prescripcion se da contra aquel que abandone su derecho, y no contra el que no usa, cuando le place, de un derecho que está en su voluntad ejercer ó no, que es facultativo y no tiene plazo fijo para su ejercicio, por lo que, en este caso, no habría accion ninguna que ejercitar por el uso legítimo de un derecho establecido por la ley.

La verdad de esta doctrina aparecerá más claramente en otros artículos en que seguiremos tratando esta materia conforme á las variaciones introducidas por la legislación vigente.

RAFAEL G. LINARES.

ADVERTENCIA.

Aunque en los programas se dice que este semanario saldrá invariablemente todos los sábados, el Señor Editor quiso que el primer número saliera en esta fecha, adelantándose dos días su publicacion; por lo que el segundo número verá la luz pública el próximo día diez.

Teniendo este el carácter de un número prólogo, hemos querido suprimir en él, la seccion legislativa y la insercion de sentencias, sustituyéndolas con los artículos que se publican, y que son el principio de estudios importantes que seguirán haciéndose en lo de adelante por los redactores, quedando reservados para los otros números, un artículo sobre minería, del Sr. Duret y otro sobre providencias precautorias del Sr. Dávalos, que en este no pudieron salir.