

EL DERECHO

Órgano Oficial

de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente de la Real de Madrid

—TERCERA EPOCA.—

Semanario de Jurisprudencia, Legislación, Economía Política y Ciencias Sociales.

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

EDOUARD LABOULAYE.

TOMO III.

MEXICO, 30 DE JULIO DE 1892.

NUM. 31.

ACCIONES.

ART. 12.

NULIDAD Y RESCISORIA (*).

CODIGO CIVIL, LIBRO 3 TIT. V.

Después de larga interrupción, vuelvo á reanudar el estudio de las acciones, y como quiera que en los artículos anteriores me he ocupado de las acciones de nulidad por dolo, error e intimidación; en el presente me ocuparé de la rescisoria por simulación, esclareciendo antes la diferencia que existe entre la rescisión y la nulidad.

Entiéndese por nulidad, el vicio que hace á la obligación inválida desde su juicio. Este vicio debe de ser tal que recaiga en los elementos constitutivos de la obligación, en sus partes esenciales; de tal manera, que sea enfermiza desde su nacimiento y no pueda por lo mismo subsistir. Por el contrario, la obligación rescindible, es aquella cuyos vicios son de tal naturaleza, que solo manifestados la invalidan, y que pueden ser ya sustanciales ya accidentales. La nulidad puede proceder de tres fuentes, y son: 1º de vicios que dañen el consentimiento; 2º, de falta de capacidad legal para contratar, y de falta de representación legítima para contraer la obligación, y porque el objeto del contrato sea legal ó físicamente imposible, como se desprende de las prescripciones de los arts. 1696, 1697, 1698, 1304 y 1664 á 1669 del Código Civil. La rescisión tiene por causa: 1º, perjuicio ajeno; 2º, perjuicio propio de una de las partes; y 3º, simulación del acto anulable, según los arts. 1656 á 1659 y 2890. Como consecuencia natural viene la de

que la nulidad produce en su totalidad la nulificación de la obligación, mientras que la rescisión puede ser ya parcial ya absoluta.

Una y otra convienen cuando la rescisión es absoluta, en volver las cosas al estado que tenían antes de que la obligación existiera, según los arts. 1682 y 1686 del Código Civil.

Como natural consecuencia en esta clase de acciones, el que la intenta, desde el primer momento del juicio, es decir, al entablar la demanda, débese allanar á devolver lo que por razón del contrato recibió, sin lo que esas acciones son ineficaces, porque como se ha dicho, es el efecto natural, así de la rescisión, como de la nulidad, que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de que el contrato se celebrara.

El art. 1656 del Código Civil, determina que solo pueden rescindirse las obligaciones en sí mismas válidas, y de aquí resulta que por nulos débense tener tan solo aquellos actos que, conforme á la ley, no pueden tener existencia legal. En este artículo ha sintetizado nuestra ley la doctrina hasta aquí expuesta y que establece la distinción entre rescisión y nulidad, dejando ésto para solo aquellos actos que la ley invalida ó para los que exige requisitos determinados, de forma, de representación ó de capacidad legal, y para aquellos que vienen á dañar los elementos constitutivos de la obligación ó del acto que engendró derechos ú obligaciones.

La rescisión mira más al perjuicio que la obligación causó, ya á alguno de los contratantes ó ya á su tercero.

Ni una ni otra acción se conceden más que al perjudicado y á sus causahabientes; pero con limitaciones muy racionales. Así el art. 1675 limita la acción de nulidad por la ilegal re-

(*) Véanse los núms. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 18 del Tomo II de este semanario.

presentación al caso en que el contratante ignore este vicio, porque se le conoce, entonces no la puede deducir.

A este respecto hay que tener en cuenta una doctrina generalmente aceptada por todos los tratadistas, y es la de que las causas de nulidad deben ser de tal naturaleza, que puedan engañar á un hombre medianamente previsor. Así, por ejemplo, el que contrate con una mujer, sin procurar investigar si es ó no casada, no podía deducir acción de nulidad del contrato con ella celebrado, sin probar que en el público era conocida por soltera, ó por lo menos que ella así lo afirmó, no de una manera vaga y general, sino en términos precisos y claros. Igualmente el que contrate con una casada, que asegure estar legalmente separada de su esposo, ó tener autorización de éste para gestionar sus propios negocios, y no exija la comprobación de uno ú otro hecho; en vano deduce la acción de nulidad, porque á sí mismo debe imputarse esa falta de previsión. Si ha sido engañado, si ha sido defraudado por maquinaciones dolosas y falsas afirmaciones, no solo tendrá la acción de nulidad, sino las criminales de aquí derivadas, siempre que reunan los requisitos necesarios para constituir un fraude ó una estafa.

Resulta de aquí que esta acción estribó en un hecho que debe probarse, pero que no requiere prueba alguna especial, y es admisible cualquiera de las establecidas por derecho. Las acciones de nulidad en el antiguo derecho formulario, eran *in factum conceptas*: es decir que consistían pura y simplemente en la comprobación del hecho. A todos y á la simulación es aplicable la doctrina que para el dolo nos da la ley romana que dice: *dolus ex incidiis perspicuis, probari convenit*; que no importa el que el dolo no pueda probarse por presunciones; sino solamente, que no se presume la existencia de este vicio en los contratos; cosa del todo distinta á que no se admita la prueba presuncional. Todo contrato se presume válido, mayormente si está encerrado en un documento público; pero el hecho en que se funda ya la nulidad, ya la rescisión, es de todo distinto del contrato en sí mismo; por lo que éste no prueba por sí solo la no existencia de la causa de nulidad ó de rescisión. En esta clase de acciones las pruebas de actory reo ya no tienen que versar sobre el hecho oculto que funda la acción ó la excepción, y como quiera que este hecho no es de los que á las claras se ejecutan, así para la rescisión como para la

nulidad, sirven y mucho las presunciones, únicas pruebas en muchos casos posibles.

Todos los vicios de nulidad y rescisión, pueden repararse posteriormente; debiéndose tener ésta como regla general, cuyas excepciones, se verán después. Así, por ejemplo, la nulidad nacida de defectos de forma, llenados éstos se subsana; pero contra terceros no puede hacerse valer el acto, sino desde que el vicio ha desaparecido. Esta doctrina, no es claramente aplicable á los actos nulos, por falta de legal representación ó de capacidad legal, de un modo absoluto; aunque si de una manera general. Supongamos, que un menor celebra en contrato perjudicial á sus acreedores, durante la menor edad y que después le ratifica; sin duda alguna, que ese acto no convalencerá por la ratificación posterior. Si no produce la insolvencia del menor, á mi parecer no debería engendrar la acción de nulidad; porque esta debe venir á falta de otra ménos perjudicial; porque si es de interés general, que no se mantengan contratos nulos; también es conveniente á ese interés, el que los contratos se cumplan fielmente, para evitar cuanto más se pueda los males que consigo entraña la nulificación de ellos. No por esto quiero decir, que esta sea materia de explorado derecho, por el contrario, es materia discutible y discutida por los autores; por la que yo simplemente me limito á indicarla, apuntando la opinión á mi ver más aceptable.

La ratificación posterior, el cumplimiento voluntario por la parte perjudicada, extingue las acciones de nulidad y rescisión, nacidas de error, intimidación y simulación, siempre que esta perjudique al contratante y no á tercero, según prescripción expresa del artículo 1,677 del Código. No, así la nulidad por causa de dolo y ésta no solo porque engendra la acción civil de que nos ocupamos, importa la existencia de dos elementos, el *consilium paupes* y el *eventus damni*; de éstos la ley puede consentir, que el segundo se perdona, no así el primero; porque á nadie puede aprovechar su propio dolo. Por esto no puede renunciarse la acción rescisoria por dolo, según el artículo 1,302.

La nulidad por intimidación, no puede renunciarse, según el propio artículo; pero si la extingue la ratificación ó el cumplimiento voluntario de la obligación. Es ilegal esa renuncia, porque en primer lugar, se hace cuando existe la causa de nulidad, la intimidación, y, por que con ella obtendría el éxito de su mal

comportamiento el quede tan reprobado medio se vale; pero cuando esta causa desaparece, queda solo el perjuicio sufrido y esté si ya es voluntario, por parte del perjudicado, el seguirle soportando ó el procurar su remedio, por lo que, en el caso, la ratificación y el cumplimiento voluntario extingan esta acción.

Dice el artículo 1,678 del Código Civil, que la novación extingue la acción de nulidad. Parece estar este artículo en contradicción con la doctrina generalmente aceptada por los tratadistas, en materia de novación; pues todos requieren la validez de la primitiva obligación. Y parece así racional; porque si la novación es la sustitución de una obligación por otra, en vano se puede sustituir con obligación valedera, aquella que carece de valor legal. El artículo 1,618, nos dá la razón y nos manifiesta que nuestro Código no aceptó en toda su aptitud esa teoría, sino que la limitó á aquellas obligaciones *absolutamente reprobadas por la ley, de cuyos vicios no se pueden subsanar*. Así, pues, la obligación dolosa no puede ser renovada, y si puede serlo, la que sea válida ratificada posteriormente. Así parece natural, supuesto que la novación y el pago son dos maneras distintas de extinguir las obligaciones; por lo que cuando el pago es valedero, lo es también la novación y del mismo modo, si se puede repetir lo pagado á consecuencia de un contrato nulo; se puede igualmente atacar la novación de la primitiva obligación, si era inválida.

Por último, si la nulidad de la obligación depende de ser su objeto físico ó legalmente imposible; la ratificación posterior, no puede tener lugar, ni tampoco la novación; pues la obligación es absolutamente nula, según los artículos 1,669 á 1,672 y 1,304 del Código.

Hemos dicho que el contrato una vez anulado, hay que devolver la cosa, á consecuencia de él recibida y esta regla general tiene la excepción, que encierran los artículos 1,680 y 1,681 relativa al caso de pérdida de esta cosa antes de pronunciarse la nulidad. Por los términos absolutos de la fracción 1.^a del artículo 1,681, debe decirse que la nulidad que procede de incapacidad, tiene lugar sea cual fuere la causa por lo que la cosa se haya extraviado; no así en los casos, de error, dolo violencia ó intimidación; pues en estos el reclamante tiene que demostrar que la pérdida acaeció sin su culpa y en todos los demás casos cesará la acción, si la cosa no está en poder del reclamante, siendo aplicable esta regla al de-

mandado, cuando se excepcione por causa de nulidad.

Muy racionales son á mi modo de ver estas dos reglas que dán las fracciones 2 y 3 del citado artículo; porque si la cosa se perdió sin culpa del reclamante; esta desgracia no le puede privar de un derecho, que se le obligará, según el artículo 1,680, á devolver el precio de la cosa y sus frutos ó en cambio de estos, el rédito correspondiente. No lo es así la primera, cuya razón de justicia no llegó á comprender y solo veo en ella una excepción hecha en favor del menor, y que no se limita á él; pues el otro contratante puede valerse de ella, siempre que se encuentre en la parte final del artículo 1,675, es decir, si logra probar que ignoraba la incapacidad de aquel con quien contrataba.

Por último, la devolución de las cosas por una y otra parte, tienen que ser con todos sus frutos y acciones naturales, observandose las reglas generales, que para el poseedor de buena fé establece el Código.

Expuestas en pormenor, algunas de las acciones de nulidad, las reglas generales para todas las demás y las diferencias así como los puntos de semejanza que existen entre la nulidad y la simulación, en el próximo artículo, estudiaré la simulación y sus naturales efectos, pasando después á fijar las diferencias que existen entre las acciones civiles y penales que á éste respecto existen.

LIC. RAFAEL G. LINARES.

Anales del Ministerio Publico.

INCIDENTES PREVIOS. La Sala de casación tiene que resolver en la sentencia, únicamente en los puntos á que el escrito se refiere, y no puede abrir incidentes de previo pronunciamiento.

INCIDENTE CRIMINAL. El juez del ramo civil á quien se pide suspensa el procedimiento, para que se instaure el incidente criminal, no puede dar lugar á la casación, conforme á la fracción VIII del artículo 714 del Código de Procedimientos Civiles, cuando desecha esa promoci6n y sigue tramitando el juicio. Al interponer el recurso, deben precisarse los hechos en que consiste la infracción.—No ha lugar á la casación conforme á la fracción II del artículo 711, cuando la parte resolutive del fallo, se limita á condenar ó absolver, aunque no haga declaracion expresa sobre cada una de las excepciones opuestas, siempre que en los considerandos se hayan tomado en cuenta.

Señores Magistrados de la 1.^a Sala:

El Sr. D. Tiso Sainz, entabló juicio hipotecario contra D. Ramón O. Feliú, para hacer efectivo un crédito de setenta y seis mil pesos que fué cedido al actor por D. Trinidad Rivera, á quien le había sido adjudicado por el Juez 3.º de lo Civil al ejercitar la sentencia de remate pronun-

ciada en el juicio ejecutivo que el mismo Rivera siguió contra Sainz, y en el cual fué embargado el referido crédito hipotecario.

El origen del crédito es el siguiente:

D. Hermenegildo O. Feliú, otorgó escritura pública reconociendo deber á su hijo D. Ramón la suma de \$ 76,000, que le garantizó con hipoteca de la hacienda de Chichimequillas y de otros inmuebles situados en el Estado de Querétaro; el acreedor, después de la muerte de su padre, y con posterioridad al embargo de que se ha hecho mérito, adquirió la propiedad de las fincas hipotecadas, en virtud del arreglo que celebró con sus herederos.

Cuando el Sr. D. Mariano Lara seguía un juicio hipotecario contra el mismo O. Feliú, el Señor Sainz introdujo tercería de preferencia, porque la acción que tenía que ejercitar debía dirigirse sobre la propia finca que en el juicio seguido por Lara, se declaró sujeta á cédula hipotecaria. Este último reconoció la antelación del título con que Sainz se presentó en la tercería, y corrido el traslado de esta nueva demanda á O. Feliú, apeló de la resolución que le mandó evacuarlo; pero como ese recurso debiera admitírsele solo en el efecto devolutivo, opuso á la vez las excepciones de nulidad de la adjudicación hecha á Rivera y de simulación de título en que se apoyaba Sainz para considerarse como cesionario de aquel.

Abierto el juicio á prueba, y rendidas las que ambas partes creyeron convenientes, se verificó la audiencia de alegatos, y por último se pronunció sentencia declarando procedente la acción hipotecaria, y condenando al demandado á pagar la suma reclamada y sus réditos al ocho por ciento anual, en virtud de lo cual se mandó también hacer trance y remate de las fincas afectas al crédito.

En la escritura en que se constituyó el gravamen, se pactó que si se suscitase litigio, ambas partes no podrían interponer el recurso de apelación, por lo cual el Sr. O. Feliú presentó un escrito ante el Juez sentenciador interponiendo el recurso de casación contra el fallo que lo condenó.

El recurrente se funda en las causas que expresan la fracción VIII del art. 714 del Código de Procedimientos Civiles, por lo que toca á las violaciones relativas al procedimiento y en los incisos 1.º y 2.º del 711 de la propia ley, por las infracciones en cuanto al fondo del negocio.

Refiriéndose á las primeras, expone los conceptos que vamos á referir: La fracción citada dispone que se admita el recurso por violación de las leyes del procedimiento, por incompetencia de jurisdicción, siempre que el Juez, interpuesta la declinatoria, no suspenda sus procedimientos.

El art. 25 de la ley de 15 de Septiembre de 1880, establece en esta capital cinco jueces civiles de 1ª Instancia, y el art. 32 enatto de lo criminal, que ejercerán las funciones que les encomienda el Código de Procedimientos Penales.

El 872 del Código de Procedimientos Civiles, dispone que en los incidentes criminales que surjan en negocios civiles, se observe lo dispuesto en el Código de Procedimientos Penales, y el art. 96 de éste, dice: que cuando durante un juicio civil aparezca un incidente criminal, el Juez de los autos remitirá al del ramo criminal las constancias necesarias, originales ó en copia certificada, para que éste proceda conforme á sus atribuciones, y que el juicio civil se suspenderá si el incidente criminal fuere de tal naturaleza que la sentencia que en él se dicte deba necesariamente influir en la acción deducida en el juicio civil.

A pesar de todas esas disposiciones legales, y de que á su debido tiempo se pidió la suspensión del procedimiento y la remisión de las copias de algunas constancias al Juez del ramo penal por haberse denunciado un delito, el 1.º de lo civil continuó conociendo del negocio y lo falló, desatendiendo la declinatoria interpuesta, lo cual constituye una violación de todos los preceptos citados y una causa de casación conforme á la fracción VIII del art. 714.

Se funda también el recurrente en la fracción I del art. 711 del Código de Procedimientos Civiles, porque la sentencia en su concepto es contraria á las leyes aplicables al caso y á su interpretación jurídica. Las leyes que cita como infringidas son las siguientes:

El art. 1599 del Código Civil vigente (1193 del anterior) que dispone que reuniéndose en una sola persona las calidades de acreedor y deudor, por el mismo hecho se extinga la deuda, precepto que no se tuvo presente en la sentencia, á pesar de que en la contestación á la demanda se opuso la excepción de nulidad contra la acción intentada por Sainz.

El art. 1304 del mismo Código (1421 del anterior) que dice que es nulo el contrato físico ó legalmente imposible, y los dos artículos siguientes que definen esa imposibilidad. La sentencia es sin embargo contraria á ellos.

Los 2,835 y 1,639 de la propia ley, y por último, los arts. 375 fracciones I y VIII, 536, 543, 544, 645, 546 567 del Código de Procedimientos Civiles, porque la sentencia desestimó las pruebas que en el escrito se enumeran, y que acreditan la excepción relativa á la simulación.

Se dice también que ha lugar á la casación conforme á la fracción II del art. 711, y por infracción de los arts. 605, 607 y 612 del Código de

Procedimientos, porque la parte resolutive de la sentencia no hizo declaración alguna sobre las excepciones opuestas.

Interpuesto ya el recurso y citadas las partes para la vista, el Lic. Francisco A. Serralde, patrocinando al demandado, presentó un escrito á esa Sala, en el cual pide que se suspenda la tramitación, porque el negocio no se encuentra en estado de verse en casación, supuesto que aun no se han resuelto varios incidentes, de que conoce una de las Salas de apelación, por haberse admitido ese recurso respecto á varias resoluciones dictadas por el Juez 1.º de lo civil, pues cree que admitida la apelación de esas sentencias interlocutorias en el efecto devolutivo, la resolución que en ellas se pronuncie debe modificar la sentencia definitiva, y en tal caso, si la Sala de casación pronuncia antes su fallo, se verá el absurdo de que las decisiones de ésta queden subordinadas á un fallo de 2.ª instancia.

El Ministerio Público tratará primero esta cuestión para ocuparse después en examinar la interposición del recurso.

Para resolver si el fallo del Juez de lo civil es de los que están sujetos á la resolución de ese Tribunal, hay que atender á las disposiciones del art. 698 del Código de Procedimientos Civiles que enumera los requisitos que debe tener una sentencia para que contra ella pueda interponerse el recurso de casación. Estos requisitos son tres: que la sentencia sea definitiva, que haya sido dictada en la última instancia de un juicio y que no haya pasado en autoridad de cosa juzgada. La sentencia pronunciada en este juicio ha puesto fin á una instancia y ha resuelto sobre el negocio principal: es, pues, definitiva según el art. 600 del Código citado. Las partes convinieron, y esto consta por escritura pública, que en caso que dieran lugar á un litigio, la sentencia que en él se pronunciara, no sería apelable; por lo cual está justificada la concurrencia de la segunda condición, puesto que el fallo se ha pronunciado en la única y por consiguiente última instancia del juicio. Y en cuanto al tercer requisito, nadie ha pretendido que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada, pues ambas partes convienen en que no ha causado ejecutoria, ni por ministerio de la ley, ni por declaración judicial.

El que suscribe encuentra una verdadera irregularidad en que se haya admitido el recurso de apelación en los incidentes, cuando no procedía respecto á la sentencia definitiva, porque si el superior no tenía competencia para conocer en lo principal, tampoco la podía tener en lo accesorio; pero la Sala no tiene facultades para corregir esa falta, porque ni es de las que dan motivo al re-

curso, ni se le ha presentado con tal objeto. Su misión se concreta á examinar las violaciones alegadas, y á declarar la procedencia ó improcedencia de la casación, resolución que debe dictar después de visto el recurso sin formar artículos de previo pronunciamiento como el que ha querido promover el recurrente.

En cuanto al capítulo relativo á la violación de la ley de Procedimientos, no puede invocarse la causa que expresa la fracción VIII del art. 714, porque los conceptos que expone el recurrente no se relacionan con la declinatoria de jurisdicción que se dice debió motivar la suspensión del juicio. El artículo del Código de Procedimientos Penales que se cita, se refiere á la suspensión del Procedimiento, en virtud de un incidente criminal que surja en juicio civil: pero esta suspensión no proviene de la incompetencia del Juez para conocer del negocio que se ventila, sino de los inconvenientes que resultarían de que se pronunciara una resolución en el asunto civil, cuando la cuestión criminal, no se hubiere ventilado y resuelto previamente.

La razón de la suspensión del juicio civil la expresa Carleval en los siguientes términos:

"Secundo casu principali quando actor agit civiliter, reus vero postea proponit principaliter contra actorem accusationem criminalem dicendum est ut supersedendum sit in causa civile prius cepta donec tractatur de criminale et quosque illud finiatur. Idque ob duas rationes. Primo ratione præjudicii. Secundo ratione majoritatis. Nam causa criminalis major est civili. Et haec resolutio habenda est pro regula."

Pero el mismo autor reconoce la excepción establecida en nuestro Código. *"Limita secundo dice, ut procedat quando causa criminalis est præjudicialis civili; secus si causa criminalis non sit præjudicialis, sed una sit cum altera compatibilis, v. g. si te agente contra me, ego te accusarem de homicidio, quae est causa separata et nullo modo causam prædictam civile contingens, tunc enim procedendum est in utraque causa et non supersedendum in causa civile."*

Se ve pues, que cuando se pide la suspensión de una causa civil en virtud de incidente criminal, no se opone la excepción de declinatoria, porque no se desconoce la competencia del juez en el negocio que se ventila. Se solicita únicamente que se declare que el juicio no se encuentra en estado de continuar, ni de fallarse, porque falta una diligencia probatoria que debe rendirse previamente y ante otro Juez, caso semejante al en que el Juez de los autos tiene que esperar para pronunciar en fallo la devolución de un exhorto que contiene diligencias esenciales en el litigio y practicadas ante

otra jurisdicción. El que sentencie sin esperar esa devolución no ha carecido de competencia para resolver, por más que haya violado la ley que dá derecho á las partes para rendir todo género de pruebas.

Hay sobre todo una diferencia esencial entre la declinatoria y el incidente de suspensión á que se refiere el recurrente. Opuesta la primera, el Juez debe suspender sus procedimientos de plano, y sin entrar en consideraciones sobre la necesidad de la suspensión; mientras que cuando se inicia el segundo solo él puede declarar conforme al artículo 296 del Código de Procedimientos Penales, si la resolución dictada en el juicio criminal debe influir necesariamente en el civil, y por tanto si ha lugar á suspender éste. Para dictar semejante resolución no tiene más reglas que las que le inspire su propio criterio; pero si la ley se las fijara y él no las tuviera presentes, podría decirse que habría violado esas disposiciones; pero de ninguna manera las relativas á la competencia.

Hay finalmente otras diferencias entre la declinatoria de incompetencia y la cuestión aludida: la primera es una excepción dilatoria que solo puede oponerse al principio del juicio, y según lo dispuesto por el art. 34 de nuestra ley procesal; la segunda puede promoverse en cualquier estado de litigio; la procedencia de aquella priva al juez del derecho que tiene para ejecutar cualquier acto que signifique ejercicio de su poder en la cuestión principal; la de ésta no entraña semejante privación, pues solo se abstiene el Juez de conocer en el incidente, y puede aun después de la resolución conservar en su poder los autos como el único Juez á quien se reconoce competencia para fallar al fin del juicio.

Las violaciones relativas al fondo del negocio, que se alegan con fundamento en la fracción II del art. 711, no se han presentado conforme á la ley, pues en todas ellas falta la precisión de los hechos en que se hace consistir la infracción, como lo exige el art. 720 del Código de Procedimientos Civiles. Asegura el recurrente que la sentencia es contraria al art. 1599 del Código Civil, que declara extinguidos el crédito y la deuda cuando se reúnen en una sola persona las calidades de acreedor y deudor; pero ni dice cuáles fueron ese crédito y esa deuda, ni refiere cuándo y como se reunieron, ni en poder de quién. Falta por consiguiente, el concepto bajo el cual se asegura que fué infringido ese precepto.

Lo mismo puede decirse en cuanto á la queja por violación de los arts. 1304, 2835 y 1639 del propio Código, porque el recurrente se limita á citarlos, sin referir los hechos.

Los artículos del Código de Procedimientos Civiles que se quieren hacer valer para demostrar que se ha violado la ley reguladora de la prueba, no están relacionados en el escrito con las constancias del juicio ni con los conceptos que en el recurso se explanan, aunque imperfectamente, porque no se expone el razonamiento que demuestre que las pruebas rendidas estaban comprendidas en esos artículos.

Por último, la infracción de los artículos 605, 607 y 612 del Código anteriormente citado, no está tampoco justificada. Esos artículos no exigen que en la sentencia se formule una proposición para resolver sobre cada una de las excepciones opuestas. Basta que en los considerandos se de muestre su procedencia ó improcedencia y que en la parte resolutive se absuelva ó se condene según lo dispuesto por el art. 603, pues esa resolución comprende en semejante caso, todos los puntos litigiosos. La disposición del art. 607, se refiere á las sentencias que dejan de juzgar alguna de las cuestiones debatidas, como si demandada una persona por dos acciones distintas, solo se le condena en virtud de una de ellas; si opuesta una reconvencción nada se dice de ella al fallar, ó si reclamados capital y réditos solo se condena al pago del primero.

Pero cuando los resultandos comprenden todos los hechos y los considerandos, todas las cuestiones de derecho que han sido objeto del juicio, y en las conclusiones se absuelve ó se condena, toda la sentencia debe formar un solo cuerpo, para que la parte resolutive constituya la cosa juzgada en relación con sus antecedentes que obran en el cuerpo del fallo.

Por todo lo expuesto, el Ministerio Público formula las conclusiones siguientes:

Primera: El recurso no ha sido legalmente interpuesto en cuanto á las violaciones que se alegaron con apoyo en las causas que expresan la fracción VIII del art. 714 y 1ª del 711 del Código de Procedimientos Civiles.

Segunda: Ha sido interpuesto legalmente en cuanto á la violación de los artículos 605, 607 y 612 del mismo Código.

Tercera: No es de casarse ni se casa la sentencia recurrida.

México, Junio 3 de 1892.—*Enrique Pérez Rubio.*

UNA TERCERA ESCUELA DE DERECHO PENAL EN ITALIA

[Véase el núm. 25 de este semanario].

Casualidad, no fatalidad del delito.—Ordinariamente, cuando se dice que una cosa es fatal, se entiende que debe inexorablemente acontecer, que nada puede impedir su irresistible curso. Así, si hablamos de individuos que han nacido fatalmente con propensión al delito, queremos indicar, que para algunos éste constituye una acción, á la cual no es posible sustraerse, pues se hallan impulsados por una fuerza indomable.

En tal sentido, el fatalismo no es admisible en el estudio de la criminalidad, ni en el de otros fenómenos sociales. Y esto acontece, sea cualquiera por el lado que se mire la cuestión.

Si nos fijamos en el campo estrictamente filosófico, vemos que la negación del libre albedrío, nos lleva solo á esta afirmación: en el momento en que un acto se quiere, ya no puede no quererse. Porque todo el edificio con que la moderna psicología ha sustituido á la antigua metafísica, es una cosa muy sencilla: no siendo cada volición particular un *quid* autógeno, nacido por virtud propia, sino la resultante de las fuerzas que la han determinado, se deduce que, *dadas aquellas fuerzas*, no es posible *en aquel momento* un querer distinto. De este modo, la doctrina determinista autoriza solo á afirmar la necesidad de un acto efectuado, pero no la de un acto que ha de efectuarse. Ticio ha matado á un hombre; él lo ha querido: esta voluntad presupone fuerzas que la han determinado; el hecho era, pues, necesario. Pero un día, una hora antes, ¿se habría podido decir qué fuerzas habían obrado en el ánimo de Ticio? No: la inteligencia humana no puede penetrar tales abismos, y nadie, por consiguiente, hubiese podido señalarlo como inexorablemente destinado al delito.

Nos tenemos que conformar con meras probabilidades, con mayores ó menores visos de verosimilitud. De los niños que nacen de padres asesinos, que crecen entre los vicios y los malos ejemplos, es lícito temer que entren en la carrera del crimen. De los hijos de gente honrada, educados severamente en los sanos principios morales, se puede tener la legítima esperanza de que nunca falten. Más allá de este límite, no hay, no se pueden hacer más que inducciones fantásticas ó arbitrarias. Que

un hombre ó una clase deben necesariamente tender al bien ó al mal, es una aserción sin fundamento, deducida no sabemos de dónde, pero no ciertamente de la doctrina determinista.

La teoría del *delincuente nato*, por la que es sobre todo conocida la nueva escuela, y que parece especificar su programa mejor que otra alguna, no puede aceptarse. Fuera del terreno filosófico y dentro del especial de la criminología, esta teoría tiene un fundamento más sólido.

Pertenece á Ferri, la gloria de haber sido el primero en desenvolver la idea de los factores del delito, distinguiéndolos en tres clases: físicos, antropológicos y sociales. Y esto solo es un gran mérito, que no disminuye ni oscurece la longitud del camino que falta aun por recorrer, verdaderamente no hecho aun, ni siquiera entrevisto. Hemos pensado amenudo por qué esta idea satisface á todos, aún á los de diversas opiniones científicas. Parece encontrarse la razón de esto, en sus límites demasiados extensos, demasiado vagos, demasiado elásticos, para que no pueda caber en ella cualquier opinión. Se dice «que no se puede juzgar bien de un delito en particular, del mismo modo que de la criminalidad en general, si no se tienen en cuenta todos y cada uno de estos diversos factores que podemos aislar para su estudio, pero que siempre se nos presentan en la naturaleza obrando juntos, como reunidos por una red indisoluble que los hace, en mayor ó menor grado, necesarios á la génesis del delito» (1). Esto contradice á la teoría del criminal instintivo; porque si el factor social debe tener influencia en su perdición, es siempre concebible que este mismo factor social, enfrente la tendencia orgánica innata, ó no presente al ménos terreno apropiado para su desarrollo. Queda, pues, por saber la magnitud de la influencia de estos factores, y este es el punto capital. Pero se cree haberla resuelto ó esciarecido, escribiendo diez reglas por el estilo de estas que se han repetido en todas ocasiones, sin profundizar nunca más: «que en los hechos, los factores antropológicos sean en absoluto más ó ménos potentes, tengan más ó ménos influencia que los factores físicos ó sociales, es problema insoluble, como le sería el de si á la vida de un mamífero contribuyese más el estómago ó el corazón, sabiendo, como se sabe, que si falta uno de ellos,

(1) Obra citada, págs. 308 y 309.

cesa por esto solo el efecto final (1). Con respecto á la categoría de los delinquentes, podemos decir, que mientras los factores físicos ejercen una acción, sobre poco más ó menos, igual en todos ellos, los factores antropológicos prevalecen mejor en la actividad criminal del delincuente nato, del loco y del que obra impulsado por la pasión, y los factores sociales tienen mayor eficacia sobre los delinquentes de ocasión ó los que faltan por hábito adquirido» (2). ¡Ah! entendemos: esto es facilísimo. ¿Quién podrá negar que este ambiente influye en diverso grado sobre los individuos, honrados ó criminales, y que las energías orgánicas, oponen una resistencia mayor ó menor en uno y otro caso? Tales generalidades no encuentran nunca adversarios.

Para el positivismo crítico, la cuestión es otra. ¿Son homogéneas ó heterogéneas las causas que concurren á la producción del fenómeno criminal? Y si como á primera vista parece ser, son heterogéneas, ¿su diferente naturaleza lleva solo consigo una acción diversa por su cantidad, ó solamente por su calidad? Por ejemplo. Comprendemos que á la transmisión hereditaria de ciertos instintos y á la miseria, se les de el nombre de factores del delito, porque cualquiera que sea la índole y la importancia peculiar á cada una de ellas, concurren entrambas á la realización de aquel funesto resultado. Pero la primera (que es la más frecuente y pertenece á la patología de la voluntad), no es nunca condición determinante, y la segunda lo es la mayor parte de las veces. Y esta distinción entre causas determinantes y predisponentes, no es ficticia, como alguno pudiera sospechar, sino que por el contrario, tiene un valor práctico y real. Y tanto es así, que si una de las primeras se adicionan otras diez ú otras ciento de la misma especie, de modo que su fuerza sea diez, cien veces mayor, no habrá, sin embargo, delito, y si por el contrario, á ella se añade una sola de las segundas, aquí se produce inmediatamente. Llamemos, pues, si así nos place, á la miseria y al vicio hereditario, factores del delito; pero este nombre común no oculta sus grandes diferencias.

Una vez colocados en este derrotero, abrenos ancho campo á una serie de indagaciones verdaderamente profundas, acerca de este problema. De las observaciones hechas, surge espontáneamente el corolario de que las cau-

sas determinantes son en su mayor número sociales, y hay que atribuirles un valor muy grande en el desenvolvimiento del delito. Pero podemos oponer á esto, un razonamiento análogo al indicado anteriormente: ni diez ni ciento de las causas determinantes, diremos, son bastantes para producir el hecho punible, si no interviene una condición predisponente. Y así, aceptando la objeción, pero reservándonos el examinar si el concurso de esa causa predisponente, tiene el mismo valor que el concurso de la determinante que indicamos en la primera hipótesis, nes será muy fácil replicar á una distinción con otra distinción. Las causas predisponentes, que casi siempre encontramos en los llamados factores orgánicos ó físicos del delito, obran, por decirlo así, de una manera genérica. No es verdad que ciertos cambios de temperatura induzcan precisamente al homicidio ó al asesinato; producen sí, algunas excitaciones psíquicas de las que pueden surgir un acto de cólera, un puñetazo ó una herida, *según las ocasiones*. No es cierto que la epilepsia conduzca directamente al crimen, produce solo una modificación particular en el carácter del individuo, por lo cual puede llegar á ser un bandido, un déspota en la familia ó un asesino, *según las ocasiones*. Las causas determinantes, á veces por su misma naturaleza, obran de una manera específica: en otros términos, estas segundas representan la dirección de las fuerzas contenidas en las primeras y de equívocas las convierten en inequívocas,

De otra manera, ¿se ha cuidado alguna vez la escuela lombrosiana, de medir toda la importancia de la *ocasión* en los hechos sociales, y por lo tanto, en la criminalidad? Absorta en el estudio de las *grandes leyes*, ¿ha sospechado alguna vez cuán verdadero es aquel dicho común, de que los acontecimientos humanos más notables dependen frecuentemente de pequeños incidentes? Una vez conducida á estas órdenes de ideas, hubiese asignado á la *ocasión* un lugar diverso entre los factores del delito, y le hubiese incluido en aquella parte de la ciencia que de ello se ocupa.

No queremos afirmar con esto, desde ahora el predominio de las causas sociales de la delincuencia sobre las físicas y antropológicas. Se comprende fácilmente, como veremos, que un principio de esa especie por su índole, por decirlo así, tangible y perentoria, no es de aquellos que se toman por fundamento de un movimiento esencialmente crítico como el nuestro. Por ahora, basta que se niegue en abso-

(1) Obra citada, págs. 309 y 310.

(2) Repetimos, que si falta el factor social, no basta ninguna anomalía por sí sola para el efecto criminal, no hay, pues, delinquentes natos.

luto, el fatalismo en criminalología y se rechace, por lo tanto, el concepto de la influencia orgánica irresistible, que se haga el estudio cualitativo y diferencial de las causas del delito, pues este estudio es el único que puede darnos una clasificación jerárquica, clara y concreta de las mismas.

Reforma social, como primer deber del Estado en lucha contra la delincuencia.—El reinado de la fuerza se dice que ha pasado. ¿Pero es tan rápido este paso como nosotros creímos? ¿En nosotros mismos, en el fondo de nuestra alma, no nos sentimos aún amantes de aquella fuerza ó al menos sus interesados aduladores? He aquí un caso sobre el cual debe meditar el hombre de ciencia. A fines de este siglo, corren ciertas frases y ciertas ideas, contra las cuales ninguno se atreve á rebelarse, de las que antes cada uno competían por mostrarse partidarios y devotos. Espíritus combatientes, colocados en opuestos extremos, en lucha fiera y perenne, las invocan, y cada uno procura ponerlas de su parte, para asegurar la victoria. Es un fanatismo, un tributo que se les rinde, más que sentido, impuesto por las necesidades del momento. Vosotros os llamais positivistas y haceis alarde de tal nombre. Pero, ¿quién será hoy tan audaz y temerario que lo rechace? ¿Ha habido alguno, en la lucha constante de la ciencia, entre tanto como podían y debían hacerlo, que haya tenido el valor de confesar, yo no soy positivista? Pocos años hace, ninguno hubiera ni siquiera pensado, que en el reloj del tiempo pudiera existir una hora, en la cual caracteres elevados, en una tierra gloriosa y anhelante de reivindicación, hubieran dicho: «nosotros no somos patriotas» (1). Sin que nos pudieran tachar de sentimentales, esto, en aquella ocasión, nos hubiera causado miedo y horror; pero desde el momento en que sucedió, se rompió el encanto, y la estrella del patriotismo palideció, brillando en su lugar de una manera soberana la de la democracia. No hay pues, un hombre político, cualquiera que sea su origen, sus tradiciones, sus verdaderas tendencias, que en el actual periodo histórico no se llame democrático; no hay partido, aún el más reaccionario, que ose decir habiértamente, yo no lo soy.

Y en una esfera más reducida, acontece lo propio. ¡La prevención criminal! ¿Y quién entre los que estudian el doloroso fenómeno del delito, no alardea sinceramente de caluroso

defensor de esa fórmula? La Escuela de Lombroso y Ferri, la han escrito en su bandera; pero sus adversarios, dicen que esto no es una novedad, y rechazan la acusación de ser más tibios defensores de la misma. En la actualidad, no bastan, ni palabras, ni fórmulas, únicamente, porque todo se reduce á cuestión de límites y de medida, que quieren se indique claramente.

Los penalistas pertenecientes á la escuela clásica, no podían dar á los sistemas preventivos, la importancia y el desenvolvimiento necesario. Como dijimos, no tuvieron en cuenta el estudio de las causas del delito, y no alcanzaron á descubrir los inmensos horizontes que ahora se presentan á nuestra vista; más para prevenir un fenómeno, no importa más que conocer las fuerzas determinantes del mismo, y oponerle con tiempo fuerzas contrarias, que contrarresten ó modifiquen su acción.

Los innovadores se encontraban, con respecto á esto, sobre mejor camino. Hicieron precisamente de la necesidad de estudiar la génesis del crimen, su caballo de batalla, sustituyendo á la explicación del reato, con la intervención de la voluntad libre en el examen de las causas que lo producen. Semejantes razones, han impedido que por tal camino avanzaran tan lejos como debían, y como la gravedad de los tiempos reclamaba.

En primer lugar, la excesiva importancia concedida al factor orgánico, en la inteligencia de los fenómenos sociales y del delito, hizo que hayan venido á parar á la doctrina de los reos natos. Y esto ha producido el doble efecto, de dejar sin aplicación para un cierto número de individuos, aunque sea muy exiguo, la prevención, y de limitar mucho su eficacia con respecto á los demás. Porque ese exceso de valor, atribuido á las energías orgánicas, si en pocos casos nos lleva á deducciones extremas que la lógica rechaza, conduce siempre á una esperanza muy débil en la acción de la reforma social, de los cambios políticos y de las leyes. El carro del progreso, que parece debiera marchar siempre veloz y triunfante, se ve ahora avanzar con fatiga, con movimiento apenas perceptible, detenido como se halla por las resistencias de las leyes que surgen del fondo del organismo humano.

En segundo lugar, reconoce toda la eficacia del régimen preventivo, la aplicación momentánea, unilateral de la doctrina de la lucha por la vida que ha alcanzado, es cierto, una merecida fortuna, pero que por ser conquista recine-

(1) Véase *Crítica Social*, fascículo del 30 de Marzo de 1891, págs. 79.

te del saber, hay necesidad de acogerla con un espíritu de prudente reserva y de crítica; pues que ni siquiera en el concepto de sus inmortales autores, llevaba á las conclusiones desoladoras que algunos han querido deducir. Aceptamos como buenos los principios biológicos, pedimos auxilio á la zoología comparada, pero no dirigimos la vista á ninguna otra, y bien en el fondo de las trasformaciones sociales que á nuestra vista se cumplen, vemos como realmente imperan en ella las leyes naturales, y cómo se les subordina el movimiento histórico.

En tercer lugar, nos parece que en la idea del derecho y de sus varias instituciones no había encontrado su debido puesto el elemento ideal, ó de otra manera, nos parece que el remedio de la necesidad más inmediata, de las faltas más elementales de orden y seguridad; han distraído al Estado, no dejándole entender bien el oficio ideal que ha de cumplir. En la batalla en que se libra entre el trabajo impropio y mísero y la riqueza ociosa y corrompida, entre la superstición intolerante y la ciencia, entre la virtud civil del deber y del sacrificio y el apetito egoísta de los gozos materiales, no es cierto que el Estado sea solo un término neutral, que tenga únicamente por objeto mantener esta lucha dentro de ciertos límites y ciertas formas. Este cometido lo tiene sin duda alguna, pero juntamente con el de hacer de manera que la victoria se alcance en el sentido del progreso y de la civilización. Diremos más aún, los observadores superficiales dicen, que hay oposición entre esos dos fines, pero sucede al contrario, no se podría luego obtener el primero, si no se tuviere en cuenta ahora el segundo. Y también es verdad, que las leyes é instituciones políticas, deben solo inspirarse en las costumbres y tendencias de la sociedad para la que se hacen, pero deben también corregir tendencias y costumbres de acuerdo con el ideal que para el Estado como para el individuo, es la estrella polar en el fatigoso camino de la vida. Por lo tanto, (y renovamos una observación hecha en otro lugar), no nos parece aceptable el siguiente principio de Ferri, en el cual se entrevé el verdadero espíritu de su escuela: «Y por otra parte, ¿es qué á la ley penal corresponde la corrección de las costumbres? Ciertamente no; lo que hay es, que las costumbres y las leyes siguen el curso natural de las cosas y se encuentran ambas determinadas por el ambiente que las rodea» [1].

Todo lo precedente pone de manifiesto, que los positivistas críticos no pueden llamarse innovadores, con solo enarbolar la bandera de la prevención criminal. La escuela clásica y la antropológica, no dejarían de reivindicarla para sí. Por lo demás, más que aparentar fáciles innovaciones, para ellos la cuestión está en tomar y señalar claramente su propio puesto. Y por lo tanto, les basta afirmar que entendieron el régimen preventivo de una manera más amplia, más radical de como lo aceptan aquellas dos escuelas, y que las esperanzas que en él fundan, superan en mucho á las suyas.

Y así, la divisa que escogen está bien clara: *reforma social*. Con ella queremos indicar la revisión y modificaciones de las diversas leyes (hasta donde ésta sea posible), de manera que desaparezcan los incentivos al delito: los nuevos sistemas penitenciarios, las medidas contra el alcoholismo, la difusión de la enseñanza, la tutela de la infancia abandonada ó culpable, son cosas dignas de estudio y de gran atención, pero que en la mente del hombre de Estado, no deben ser más que parte de un todo mucho más amplio: reformar la sociedad de manera que, antagonismo de toda clase y principalmente los económicos que pugnan en su seno, se atenúen poco á poco hasta desaparecer por completo. Y he aquí, por lo tanto, cómo los positivistas críticos, se separan precisamente de la escuela de Lombroso y Ferri. Esta tiene su origen, parte, del concepto de la lucha social que conceptúa como una dura necesidad; aquella del concepto de la paz social que vé surgir lenta, pero progresivamente, del borrascoso océano de la historia. La deseada reforma no puede cumplirse con los medios y con la rapidez que los socialistas puros quieren, pero no hay tampoco necesidad de aquel infinito trascurso de tiempo que los miopes positivistas le asignan: precisamente porque las tendencias orgánicas tienen contra ley una fuerza de oposición mucho menor que cuanto se ha imaginado. De todo esto se deriva, para asignar bajo el aspecto meramente escolástico otra deferencia, que para nosotros la criminología preventiva, debe seguir los estudios del socialismo científico, si no con mayor, con igual atención al ménos, que la que ha prestado hasta aquí á la antropología.

Después de haber meditado mucho sobre los trabajos de Colajanni, Pluguiese, Alimena, Vaccaro, Impallomeni y algunos otros (hablamos solo de Italia, porque en el extranjero

(1) *Omicidio—Suicidio*, 2.^a ed., pág. 111.

era necesario recordar con preferencia á Tarde, fuertísimo y simpático aliado), creemos que la idea que apenas hemos desenvuelto en las anteriores líneas, y que en su mayor parte habíamos ya indicado en forma más ó ménos completa en modestas publicaciones precedentes, son como las líneas generales en las que encuadra el nuevo movimiento de la ciencia penal, bien distinto, por cierto, del capitaneado por Lombroso.

¿I o llamaran colectivo? Dadas las tendencias que en ciertas esferas predominan, es muy probable. Pero los imparciales verán que el calificativo es injusto. Ecléctica es aquella escuela, que puesta entre dos completamente contrarias, toma de entrambas lo que en ellas existe de bueno y lo junta formando un todo orgánico, no aquella que de la crítica de la una y la otra toma fuerzas para avanzarlas é ir delante de ellas en el camino camino del progreso.

EMMANUELE CARNEVALE.

(Traducción de M. O.)

Lipari [Messina], Junio 1891.

INSERCIONES.

APUNTES PARA UN ESTUDIO

ACERCA DE

LA LEGISLACION SOBRE AGUAS

POR EL LICENCIADO

PABLO OCHOA.

(CONTINUA.)

No sólo: la ley 15 del mismo título y partida, dispone que aun cuando el curso de agua se desvie ó embarace, no por obra hecha sino por obstáculos que haya acarreado la misma agua el perjudicado, puede obligar al dueño del predio donde se haya hecho la represa, á que destruya la obstrucción ó que le permita á él hacerlo. Las leyes 16 y 17 de ese mismo título y otras muchas que podrían citarse, confirman la misma prohibición.

Por la dicho se ve, que aunque los ríos son bienes públicos y su aprovechamiento es común á todos los hombres, esto no significa que puedan emplearlos en la cantidad y del modo que les parezca, ensanchándose el derecho de los unos con perjuicio de los otros; al contrario, hay por una parte que respetar los derechos que corresponden á los dueños del predio, por donde

pasa el río, quiénes por la naturaleza de las cosas pueden aprovechar mejor el agua que los individuos que no tienen ningún terreno en la vecindad; y por otra, hay que reglamentar de un modo equitativo la distribución y goce del agua, entre los diferentes dueños de las tierras por donde cruza el río.

La ley romana en el tít. 14 lib. 43 del Digesto, que trata *ut in flumine publico navigare liceat*, establecía este mismo principio, sancionado después por las leyes de partida; y por eso el Pretor prohibía que se hiciesen en los ríos obras que alterasen su curso, y aun para hacer aquellas que no perjudicaban á los demás se necesitaba permiso del Príncipe. (Ortolán, explicación de la Inst. lib. II, tít. 1º, coment. á la ley 2ª)

La doctrina que se desprende de las leyes de partida citadas, y del carácter de bienes públicos que tienen las aguas, parecería contrariar los principios consigna los en las legislaciones inglesa y americana, presentando estas últimas como más liberales que la nuestra. Sin embargo, en el fondo hay poca diferencia, porque por una parte nuestras leyes reconocen propiedad en el agua á los dueños del terreno en que se halla; y por otra en los Estados Unidos, según se ha visto, el poder público reglamenta el uso de las aguas. Tanto en dicha República como en Inglaterra, las aguas en general tienen también el carácter de bienes públicos, porque el agua por su naturaleza no es susceptible de una propiedad privada absoluta, y como dice muy bien Blackstone «el agua es una cosa movable y escurridiza y debe necesariamente seguir siendo común por la ley de la naturaleza.» En lo que sí nos llevan enorme ventaja los americanos, es en la reglamentación del uso de las aguas, pues allí se respetan más los derechos de los ribereños, dándoseles una justa ingerencia en la distribución de las mismas.

La diferencia importante que hay entre nuestras leyes y las americanas, en esta materia, consiste: en que la República vecina, según se ha visto, el cauce del río pertenece á los ribereños y entre nosotros no pertenece á nadie, sino que es del dominio público como el mismo río. Así lo declara la ley 31, tít 28, part. 3ª que preceptúa que en los casos que el río muda de cauce el terreno que deja seco se agrega á los predios ribereños y el que cubre con el nuevo curso se hace público: «E las otras herdades por do corre nuevamente, pierden el señorío dellas aquellos cuyos eran, quanto en aquello por do corren: e donde adelante comienza á ser de tal natura, como el otro lugar por do solía correr, é tornase público así como el río.» Sin embargo,

por la ley 27 del mismo título y partida para determinar la propiedad de la isla nueva, que aparece en un río, se hace la designación tomando por base el supuesto de que el dominio de los ribereños se extiende hasta la mitad del río. Por otra parte en los ríos no navegables y siempre que no se perjudique el uso común, pueden los ribereños, aun sin permiso, abrir acequia para emplear el agua en la irrigación ó fuerza motriz; así parece deducirse de las leyes 8.^a tít. 28 y 18 tít. 32 de la partida 3.^a y así lo asientan comúnmente nuestros autores, como puede verse en la Curia Filipica de Hevia Bolaños lib. 3.^a cap. I, núm. 26, quien se apoya en las opiniones de Jason, Ripa, Bártulo, Paulo de Casio y Parladorio opinión seguida uniformemente por los juriconsultos posteriores.

Más como es muy difícil encontrar casos, en que de un modo indudable aparezca que no se perjudica el uso común, con el aprovechamiento que hace un solo individuo de una cantidad considerable de agua, lo más prudente es solicitar el permiso de la autoridad respectiva.

El Código civil en sus artículos 801 y 802 condensa la jurisprudencia que adoptaron las leyes de Partida, declarando los ríos de toda especie, su alvío, las rias, los esteros, y las riberas de los ríos navegables, bienes públicos de uso común, de los cuales pueden aprovecharse todos los habitantes, con las restricciones establecidas por las leyes y los reglamentos administrativos. Conforme pues á esta disposición hay que ver cuáles leyes y qué reglamentos rigen en el Estado sobre el particular.

La ley 18, tít. 32, part. 3.^a autoriza al dueño de un predio para aprovechar las aguas de un río en el movimiento de un molino ó aceña, sin necesidad de permiso, mas siempre que no se perjudique el uso común; y cuando se construye en suelo real ó municipal, exige que se pida el permiso del Rey ó del Consejo.

Gregorio López en varias de sus glosas establece la doctrina que en este particular se desprende de las leyes de Part., y en la glosa 1.^a á la ley 6.^a tít. 28 de la misma Part. dice: que los ríos en particular son de las ciudades por cuyo territorio pasan, porque uno mismo es el territorio que está cubierto por las aguas que el que sobresa de ellas. (Ya dejó trascrita esta glosa en el núm. 20). Igual cosa repite en la glosa 3.^a á la ley 9.^a del mismo tít. y Part. En la glosa 11 á la ley 68, tít. 18 part. 3.^a dice que los cursos de agua, ríos y lagos, pertenecen á aquel á quien pertenece la regalía. (Regalía es lo mismo que dominio eminente ya definido en el núm. 64) y agrega: «en este Reyno los ríos son bienes de

las ciudades y lugares por los cuales atraviesan. (*In Reyno isto flumina sunt libera civitatibus et locis, per quae transeunt.*)

En la Nueva Recopilación hay pocas disposiciones sobre el particular y sólo mencionaré el artículo 48 de la Inst. de Correg. de 15 de Mayo de 1788, que es la ley 27 tít. 11, lib. 7.^o de la Nueva Recopilación. Allí encomendaba á dichos funcionarios que participaban de lo judicial y de lo administrativo, el que procuraran que se hicieran tomas de aguas en los ríos á fin de aprovechar la fuerza motriz ó aumentar la fertilidad de los campos. La ley 7.^a tít. 26, lib. 7.^o, pena con multa al particular ó Ayuntamiento que cerrare un río ó canal navegable, ó estorbe su uso general.

§ 2.^o

Intervención de los Ayuntamientos.

En la legislación antigua, las disposiciones que de un modo más concreto y definitivo fijaron qué autoridad debía intervenir en la repartición de las aguas, se encuentran en el Código denominado *Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias*; y esas prescripciones ó subsisten todavía en el país, ó han servido de base á las leyes particulares que han dictado los distintos Estados de la República.

Entre las muchas disposiciones que se encuentran citaré tan solo las principales. La ley 11, tít. 17, lib. 4.^o de dicha Recopilación, dispone que se observe entre los Españoles el mismo orden que tuvieron los Indios en la división y repartimiento de aguas, y «se dé á cada uno el agua que debe tener, sucesivamente de uno en otro, pena de que al que quisiere preferir, y la tomare, y ocupare por su propia autoridad le sea quitada, hasta que todos los inferiores á él rieguen las tierras, que tuvieren señaladas.» La ley 5.^a tít. 12 del mismo lib. 4.^o previene que cuando entre los que fueren á poblar se hayan de repartir tierras y aguas «los Virreyes, ó Gobernadores, que de Nos tuvieren facultad, hagan el repartimiento, con parecer de los Cabildos de las Ciudades ó Villas.»

Se ve por esta ley, la grande ingerencia que se comenzó á dar á los Ayuntamientos en materia de aguas, pues aun en tierras recién conquistadas, que apenas se iban á poblar, se exigía la intervención del Ayuntamiento, cuando se mercenaban tierra ó aguas; y para conceder la merced necesitaban los Gobernadores estar expresamente autorizados.

La ley 8.^a del mismo tít. y lib. ordenó que las solicitudes pidiendo solares ó aguas debían ser despachadas por el Cabildo, dando cierta inter

vención al Virrey; mas la principal radicaba en el Ayuntamiento. Dicha ley se expresa de este modo: "Ordenamos, que si se presentare, petición, pidiendo solares, ó tierras en Ciudad ó Villa donde residiere Audiencia nuestra, se haga la presentación en el Cabildo; y habiéndole conferido, se nombren dos Regidores Diputados, que hagan saber al Virrey, ó Presidente lo que al Cabildo pareciere, y visto por el Virrey, ó Presidente y Diputados, se dé el despacho firmado de todos en presencia del Escribano de Cabildo, para que lo asiente en el libro de Cabildo; y si la petición fuere sobre repartimiento de aguas, y y tierras para ingenios, se presente ante el Virrey, ó Presidente, y él la remita al Cabildo, que asimismo habiendolo conferido, envíe á decir su parecer con un Regidor, para que visto por el Virrey, ó Presidente, provea lo que convenga."

En esta ley, como se ve, las concesiones de solares en los egidos de las poblaciones, debía hacerse por el Ayuntamiento y aprobarse por el Virrey ó Presidente de la Audiencia, y las de mercedes de aguas y tierras para ingenios se enbiaban al Ayuntamiento por conducto del Virrey ó del Presidente, se despachaban por el Cabildo y volvían para su confirmación al Virrey ó al Presidente.

Una cosa semejante pasa en la legislación que rige, pues muy análoga es la intervención que tiene el Gobernador, quien debe aprobar los actos todos del Ayuntamiento para que tengan validez, y entre ellos las mercedes ó concesiones de agua. Por otra parte la disposición contenida en la Ley de Recopilación de Indias, dando una ingerencia tan importante al Ayuntamiento y á funcionario superior como lo eran los Virreyes y los Presidentes de las Audiencias, en materia de aguas, es un principio fundamental del derecho administrativo patrio; pues esa materia de aguas está encomendada por la misma naturaleza de las cosas al Poder Ejecutivo, quien tiene que reglamentar el uso de ellas y cuidar de que las leyes se cumplan. "Los diversos cursos de aguas: dize el Sr Leres, llamados ríos ya sean navegables que puedan sostener embarcaciones, ó *flotables* capaces de llevar algunas balsas, son de la dependencia del dominio público, y se hallan sometidos á las leyes administrativas; colocados bajo la vigilancia de la administración, nadie puede adquirir en ellos propiedad, ni servirse de sus aguas sin una concesión particular." Y en otra parte dice "en todos los casos en que se necesita una concesión, el que la solicita se dirige á la autoridad administrativa por obtener lo que no tiene." (Lecciones de Derecho Administrativo págs. 78 y 79.) El mismo autor se expresa aún

en terminos mas precisos en las págs. 114 y 115. "En cuanto al curso de la agua, dice, que no es navegable ni flotable, cuando ningún derecho se ha adquirido ni por prescripción ni por convenciones privadas, la administración es la única que por medio de reglamentos puede distribuir las aguas á los vecinos de las riberas." Los Ayuntamientos, como representantes de la comunidad, deben por fuerza tener una gran participación en el arreglo del uso y aprovechamiento de un elemento tan precioso como es el agua, de interés capital para las poblaciones y para los individuos. Por eso cuando no hay una ley expresa que preceptúe lo contrario, ellos son los que terminan sobre el disfrute de los pastos, aguas y demás aprovechamientos comunes. (Castillo Velasco, Derecho Administrativo mexicano, tom. 1º pag. 134.)

De esto depende también, que las leyes posteriores y una jurisprudencia uniforme, hayan confirmado en el fondo lo dispuesto por la Ley de la Recopilación de Indias citada. Así por cédula de 18 de Noviembre de 1803, se declaró á petición del Ayuntamiento de México, con motivo de la concesión de aguas que disfrutaba el Palacio Arzobispal de Tacubaya, "que se tuviera presente que el vecindario de las ciudades es el verdadero y único dueño de todas las aguas, que se conducen por las cañerías públicas, siempre que las necesiten para su surtimiento; en cuyo caso los particulares que por merced ó concesión del Ayuntamiento disfrutaren las aguas, deberán quedar privados de ellas y reintegrarse las cantidades que hubieren satisfecho por ellas." Así tambien el decreto de Cortes de 23 de Junio de 1813, en el cap. 1º art. 5º encomienda á los Ayuntamientos el cuidado de las fuentes públicas, y que procure que haya en las poblaciones aguas abundantes tanto para los hombres como para los animales; y en el art. 6º encomienda al mismo Ayuntamiento el que cuide de todas aquellas obras, cualquiera que sea su naturaleza, que estén dentro de su jurisdicción y que se dirijan á la utilidad ó comodidad de su vecindario. En el art. 15 le encomienda muy particularmente el fomento de la agricultura; y por último en el art. 25 le comete en general todos los demás objetos que le estén encomendados por leyes, reglamentos ú ordenanzas municipales.

Esta ley, expedida todavía en la época vireynal, fué la última que en aquel regimen se dictó sobre el particular, y por eso seguramente el Sr. Castillo Velasco la entiende vigente en toda la República, á mi ver con razón, en la parte que cada Estado por sus leyes particulares no la ha-

ya derogado; pues aunque en la época central de 1837, se promulgó un reglamento provicional para el gobierno de los Departamentos, y por ésto se derogaron todas las leyes anteriores, y fundado en éste reglamento el Sr. Rodriguez de S. Miguel, que publicó sus Pandectas Hispano mexicanas en 1840, da por derogado dicho decreto de 1813, y en efecto lo estaba entonces; como todos los actos de aquel gobierno central quedaron posteriormente nulificados del todo, y los Estados en su legislación interior sólo reconocen la que ellos mismos se han dado, ó la antigua española, resulta que el decreto de 23 de Junio de 1813 está en efecto vigente en las entidades federativas, que por sus leyes propias no han anulando el régimen municipal establecido por dicha ley.

El Ayuntamiento de México en acuerdo de 15 de Abril de 1833, declaró que el público era el único dueño de las aguas y "que todos los particulares que tienen fuentes en sus respectivas fincas, las franqueen á cuantos aguadores y vecinos ocurran á surtirce de un alimento tan de primera necesidad, sin que por ellos se les exija directa ó indirectamente pensión alguna: apercibidos los contraventores de que se les cortará el agua inmediatamente." (Pandectas Hisp. mex. núm. 1565.)

En la legislación especial del Estado hay disposiciones muy expresas sobre este particular. La ley 2ª sección 4ª de la Colección, en su art. 1º frac. V. coloca entre los bienes de propios los arrendamientos de aguas para huertas, casa ó establecimiento de utilidad particular; y prohíbe que en ningún caso se otorguen esas mercedes con perjuicio de la población ó de las concedidas con anterioridad, declarándose nulas las hechas en contrabención á este precepto y responsables á los que los otorgan. La ley 29 sección 2ª en su art. 29 fracs. VI y VII, encomienda al Ayuntamiento la conservación y limpieza de las fuentes públicas, y el aumento y conservación de las arboledas y paseos; y por último la ley 4ª sección 7ª que es la más expresa, declara que desde la publicación de ella, todas las facultades que tenía el Cuerpo Geográfico, y topográfico, para mercenaciones de terrenos, formación de nuevas poblaciones, señalamiento de egidos, concesiones de *aguas de los ríos* y demás negocios en que intervenía aquel Cuerpo, se practicarán por los respectivos Ayuntamientos de los Cantones con la intervención del Jefe político y del Gobierno del Estado. (art. 2º)

De estas disposiciones locales tan terminantes robustecidas por las que contiene la legislación antigua y confirmadas por una jurisprudencia

constante en el Estado de Chihuahua, los Ayuntamientos son y han sido quienes otorgan concesiones de aguas, ya sean éstas para usos domésticos ó ya sea para la irrigación ó la industria, más siempre los acuerdos del Ayuntamiento están sujetos á la aprobación del superior nato, que es el Gobernador del Estado.

Por eso es de estrañar que en la última ley local que organiza la administración en los Distritos, sancionada el 2 de Noviembre de 1887, y que comenzó á regir el 1º de Enero de 1888, al fijar las atribuciones de los Ayuntamientos, únicamente se les encomienda en el artículo 14 fracción XXXVI, que cuiden de las fuentes públicas procurando que haya abundancia de aguas, tanto para el consumo de la poblaciones como para el abrevadero de los ganados; y en el artículo 130 se derogan las leyes anteriores sobre las materias que abraza dicha ley.

Ya dije en los números 2 y 3 de este dictámen, lo que significa esa disposición, derogatoria, realmente impremeditada; y que solamente servirá para suscitar dudas y cuestiones, sino es que se interprete de la única manera posible racionalmente; esto es: como derogatoria de las leyes anteriores que á ella se oponen y especialmente de la ley 26 sección 2ª de la Colección, que reglamentaba la materia principal de que se ocupa la ley de 2 de Noviembre de 1887.

Por otra parte: en esta misma ley se encuentran disposiciones que suponen subsistentes muchas de las leyes anteriores que tan impremeditamente se dijo en el artículo 130 quedaban derogadas: tal es por ejemplo la fracción L del citado artículo 14, la cual previene que además de las atribuciones detalladas en esa ley, tienen los Ayuntamientos todas aquellas que tiendan á la mejora y engrandecimiento de las poblaciones; disposición que si no significa que esas facultades deben estar basadas en alguna ley anterior, significaría un despropósito indisculpable; pues á la sombra de ese bien y engrandecimiento de las poblaciones, se atribuiría á los Ayuntamientos el monopolio del poder público, lo que es un patente absurdo. De igual manera, en la fracción II del mismo artículo, declara la ley, que los Ayuntamientos siguen siendo dueños de sus propios y arbitrios; lo cual es dejar subsistentes las leyes que los crearon.

Por todo lo dicho mi opinión es, que no obstante el artículo 130 de la citada ley de 2 de Noviembre de 1887, los Ayuntamientos tienen en materia de aguas, las facultades que dejo mencionadas; y en todo caso es indiscutible que el Poder Administrativo del Estado tiene esas atri-

buciones, por estar ellas basadas en el pacto fundamental de la Nación y en la Constitución particular del Estado.

(Continuad.).

VARIEDADES FORENSES.

Hemos recibido lo siguiente:

Sr. Director de "El Derecho.,,

Presente:

Por disposición de la Junta menor del Colegio de Abogados, tengo la honra de remitir á vd. las bases para los concursos periódicos, que esta Corporación tiene organizados y la convocatoria para el que debe verificarse en el presente año.

Si como la Junta lo espera, la ilustración de vd. encuentra que el asunto de que se trata, merece que de él se ocupe la publicación que dignamente dirige, estimará como un favor que se sirva dar cabida en «El Derecho,» el mayor número de veces posible, á las bases y convocatoria adjuntas, recomendando su reproducción á los demás periódicos de la República.

Doy á vd. de antemano las gracias en nombre del Colegio de Abogados, y en lo particular le ruego que acepte las protestas de mi consideración.

México, Agosto 1 ° de 1892.

E. Pardo [jr.]

BASES para los concursos periódicos que abrirá el Colegio de Abogados de México, para la adjudicación de premios á los autores de los dos trabajos jurídicos de más mérito en cada certamen anual.

Art. 1 ° La Junta Directiva del Colegio, á propuesta de uno de sus miembros y con la aprobación de la mayoría absoluta de los vocales presentes en la junta ordinaria correspondiente al mes de Julio de cada año, determinará el punto de estudio para el certamen anual.

Ar. 2 ° La resolución aprobada por la Junta Directiva del Colegio, será publicada en dos ó más diarios de la capital, suplicando su reproducción á todos los periódicos de la República, en forma de convocatoria, insertando en ésta las bases para el certamen y el punto

ó cuestión, sobre que deben versar los trabajos jurídicos de los opositores.

Art. 3 ° Las personas que desearan presentarse al certamen convocado, remitirán sus obras al Secretario del Colegio en la forma anónima, marcadas con doble contraseña y bajo cubierta cerrada, adjuntando á ésta en sobre especial, marcado en su anverso y reverso con las dos contraseñas adoptadas, un pliego en el que el autor de la obra remitida, manifestará bajo su firma que, deseando tomar parte en el certamen científico convocado en la fecha que expresará, remite por separado en tantas fojas útiles, un trabajo jurídico sobre el punto determinado en la convocatoria respectiva, habiendo puesto á su calce tales contraseñas y siendo su voluntad que el trabajo remitido se publique con el nombre de su autor, si obtiene el premio ó la mención honorífica, ó se devuelva en su oportunidad, respetando el anónimo en caso diverso. Los sobres indicarán en su cara principal ó anverso, el lugar en que solo para el efecto del certamen desea el remitente se le tenga por domiciliado.

Art. 4 ° El Secretario del Colegio, hará constar el recibo en un libro especial y de esa constancia expedirá una copia que bajo cubierta certificada, remitirá por la estafeta sin otra denominación que las contraseñas correspondientes al domicilio indicado por el remitente anónimo.

Art. 5 ° Las cubiertas así recibidas, serán abiertas por el Secretario del Colegio, en sesión especial convocada para el 31 de Diciembre y después de confrontadas con las que cierran los sobres y las cubiertas, se procederá al nombramiento del Jurado Calificador, entregándose á éste las expresadas cubiertas por inventario que firmarán, el Presidente del Colegio por una parte, y el del Jurado nombrado, por la otra.

Art. 6 ° Los sobres adjuntos á las cubiertas, se guardarán en el Secreto de la Sociedad, y solo se entregarán al Presidente del Colegio, ó por su orden.

Art. 7 ° El Jurado calificador será formado por un Presidente y dos Vocales y su dictamen recaerá sobre el mérito de cada uno de los trabajos jurídicos presentados al certamen, teniendo en cuenta que las recompensas ofrecidas, son dos: el premio de \$ 300 y un diploma al autor de la obra calificada como la mejor, y una mención honorífica, á la que de mérito notorio sea inferior en grado.

Art. 8º El Jurado Calificador, remitirá su dictamen á la Junta Directiva el día 15 de Enero, y examinado ese dictamen en sesión especial convocada al efecto, si de él aparece determinada la calificación del mejor trabajo jurídico. En caso diverso, si el dictamen del Jurado no estima digna del premio ninguno de los trabajos presentados, estos sin otro trámite serán devueltos con sus sobres á sus respectivos autores en la forma determinada por el art. 4.º

Art. 9º El día 29 de Enero, reunidos los miembros del Colegio en el lugar designado para el banquete familiar, el Presidente del Colegio entregará al decano de los Abogados presentes, la cubierta que encierre el trabajo jurídico calificado de mejor, y al Abogado más antiguo de entre los asistentes, el sobre marcado con las contraseñas puestas al calce de dicho trabajo; y confrontadas por los Abogados decano y más antiguo, las contraseñas respectivas, el Presidente del Colegio declarará vencedor en el certamen científico de que se trata á la persona que el pliego cerrado y abierto hasta ese momento, designe como autor del trabajo premiado.

Art. 10. La entrega del premio pecuniario de \$ 300 y del diploma respectivo, será simultánea á la declaración indicada por el artículo anterior, la cual será publicada en el periódico oficial del Colegio y en dos diarios de los de mayor circulación.

Art. 11. Adjudicado el premio al autor del mejor trabajo, con las mismas formalidades determinadas en el artículo 9º, será proclamado el autor del trabajo que obtuvo la mención honorífica.

Art. Transitorio. Desde esta fecha quedará abierto en la Secretaría del Colegio, el registro de inscripciones que se cerrará el 15 de Diciembre próximo, para las personas que deseen tomar parte en el concurso del presente año.

México, Julio 25 de 1892.

E. Pardo. [jr.]

CONVOCATORIA.

De conformidad con la prevención del artículo transitorio de las bases para los concursos del Colegio de Abogados, queda abierto el primero para la adjudicación de un premio y de una mención honorífica á los autores de un estudio sobre la siguiente cuestión:

"¿Qué condiciones necesitan llenar los Establecimientos de Beneficencia, privada para adquirir la personalidad jurídica que los haga capaces de derechos y obligaciones? ¿Qué clase de bienes pueden adquirir y poseer legítimamente esos Establecimientos, conforme á la Constitución y Leyes de Reforma? ¿Pueden los fundadores de esos Establecimientos darles el carácter de Corporación de tiempo indefinido, proveyendo á su administración por el nombramiento de personas que al efecto designen? ¿Qué intervención debe tener la autoridad pública en tales Establecimientos? ¿Cuáles son las disposiciones legislativas más apropiadas para dar el desarrollo conveniente á la Beneficencia privada, garantizando sus bienes como de propiedad particular?"

El registro queda abierto en la Secretaría del Colegio, núm. 9 de la Calle de Capuchinas (entresuelo), y se cerrará el 15 de Diciembre próximo.

México, Julio 25 de 1892.

E. Pardo (jr).

AVISO.

Se halla de venta en la Administración de este semanario la defensa pronunciada por el Lic. Verdugo en favor de Enrique Rode, al precio de 37 cs. el ejemplar.

Se hacen descuentos en los pedidos por mayor.

Advertencia.

Los suscritores á este Semanario, pueden consultar á su redacción, sobre cualquier punto de derecho, en la inteligencia de que las consultas serán despachadas y publicadas gratis en aquel.